

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação

Guilherme Bacelar Patrício de Assis

**MODIFICAÇÕES DE PRECEDENTES E A IRRETROATIVIDADE DO DIREITO:
o *prospective overruling* à luz do modelo constitucional de processo e do art. 927, §3º,
do Código de Processo Civil de 2015**

Belo Horizonte

2021

Guilherme Bacelar Patrício de Assis

**MODIFICAÇÕES DE PRECEDENTES E A IRRETROATIVIDADE DO DIREITO:
o *prospective overruling* à luz do modelo constitucional de processo e do art. 927, §3º,
do Código de Processo Civil de 2015**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do grau de doutor.

Orientador: Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz – CRB-6 2233.

A848m Assis, Guilherme Bacelar Patrício de

Modificações de precedentes e a irretroatividade do direito
[manuscrito]: o *prospective overruling* à luz do modelo
constitucional de processo e do art. 927, §3º, do Código de
Processo Civil de 2015. - 2021.

295 f.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses. 2. Precedentes judiciais - Teses. 3. Revogação
- Teses. 4. Segurança Jurídica - Teses. 5. Irretroatividade das leis
- Teses. I. Jayme, Fernando Gonzaga. II. Título.

CDU 340.132.3(81)

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. GUILHERME BACELAR PATRÍCIO DE ASSIS

Aos dezesseis dias do mês de julho de 2021, às 09h30, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Goncalves (UFMG); Prof. Dr. Érico Andrade (UFMG); Prof. Dr. Fredie Souza Didier Júnior (UFBA); e Prof. Dr. Edilson Vitorelli Diniz Lima (Universidade Presbiteriana Mackenzie), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do **Bel. GUILHERME BACELAR PATRÍCIO DE ASSIS**, matrícula nº **2017650760**, intitulada: "**MODIFICAÇÕES DE PRECEDENTES E A IRRETROATIVIDADE DO DIREITO: O PROSPECTIVE OVERRULING À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E DO ART. 927, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**". Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Edilson Vitorelli Diniz Lima, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Edilson Vitorelli Diniz Lima, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Fredie Souza Didier Júnior, Gláucio Ferreira Maciel Goncalves, Érico Andrade e Fernando Gonzaga Jayme. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme (orientador do candidato/UFMG)
Conceito: Aprovado – nota 100

Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Goncalves (UFMG)
Conceito: Aprovado – nota 95

Prof. Dr. Érico Andrade (UFMG)
Conceito: Aprovado – nota 95

Prof. Dr. Fredie Souza Didier Júnior (UFBA)
Conceito: Aprovado – nota 95

Prof. Dr. Edilson Vitorelli Diniz Lima (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
Conceito: Aprovado – nota 95

A Banca Examinadora considerou o candidato **..aprovado** com nota **..96**.. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

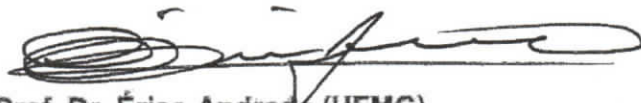
BANCA EXAMINADORA:

SERPRO
Assinado digitalmente por:
FERNANDO GONZAGA JAYME
Sua autenticidade pode ser confirmada no endereço:
<<http://www.serpro.gov.br/assinador-digital>>

Prof. Dr. **Fernando Gonzaga Jayme** (orientador do candidato/UFMG)

Assinado digitalmente por:
GLAUCIO FERREIRA MACIEL GONCALVES
Sua autenticidade pode ser confirmada no endereço:
<<http://www.serpro.gov.br/assinador-digital>>

Prof. Dr. **Gláucio Ferreira Maciel Goncalves** (UFMG)



Prof. Dr. **Érico Andrade** (UFMG)

Prof. Dr. **Fredie Souza Didier Júnior** (UFBA)

FREDIE SOUZA DIDIER
JUNIOR:88079201404

Assinado de forma digital por
FREDIE SOUZA DIDIER
JUNIOR:88079201404
Dados: 2021.07.23 09:03:21 -03'00'

Prof. Dr. **Edilson Vitorelli Diniz Lima** (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

CIENTE: **Guilherme Bacelar Patricio de Assis** (Doutorando)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha esposa Ana Paula o incentivo incessante, o apoio incondicional e o companheirismo sincero durante toda esta difícil, porém gratificante jornada.

Agradeço aos meus pais, José Carlos e Maria Flávia, por, desde sempre, terem provido todos os meios para que eu chegasse até aqui, sempre com muito carinho e compreensão.

Agradeço ao Renato, presença constante na minha trajetória no mundo jurídico desde o princípio, que sempre me acolheu de braços abertos.

Agradeço às minhas filhas, Catarina e Antônia, que tornaram esta longa caminhada mais leve e feliz.

Finalmente, agradeço aos professores Fernando Gonzaga Jayme e Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves por me acompanharem, desde 2012, nesta infindável marcha em busca do conhecimento.

Para vovô Wilson (*in memoriam*) – fonte de
inspiração eterna, cuja erudição, brilhantismo e
caráter sempre me fascinaram.

Não sei o que é o tempo. Não sei qual a verdadeira medida que ele tem, se tem alguma. A do relógio sei que é falsa: divide o tempo espacialmente, por fora. A das emoções sei também que é falsa: divide, não o tempo, mas a sensação dele. A dos sonhos é errada; neles roçamos o tempo, uma vez prolongadamente, outra vez depressa, e o que vivemos é apressado ou lento conforme qualquer coisa do decorrer cuja natureza ignoro. Julgo, às vezes, que tudo é falso, e que o tempo não é mais do que uma moldura para enquadrar o que lhe é estranho.
(Fernando Pessoa, *Livro do Desassossego*)

RESUMO

A irretroatividade é a faceta mais importante da segurança jurídica. Revela um princípio universal que protege não só o passado, mas também o presente e o futuro; que assegura que os direitos conquistados e as obrigações contraídas não sejam apagados. Trata-se de um imperativo da razão que impede que as consequências dos variados fatos jurídicos sejam indevidamente tocadas, que a vontade humana seja deturpada, que a liberdade de agir de um ou outro modo – ou de não agir – seja tolhida e que o caos e a ruína sociais se instalem.

Contudo, o princípio da irretroatividade não se realiza completamente quando atua sobre as leis, pois o Direito não se resume a elas. No Brasil, os precedentes editados pelos tribunais superiores também são fontes primárias do Direito, que obrigam e orientam.

Com efeito, a irretroatividade deve alcançar também os efeitos de novos precedentes que modificam normas pretorianas anteriores – enunciadas por meio de teses por esses tribunais superiores –, mesmo porque, do ponto de vista prático, a retroatividade de novos entendimentos judiciais produziria as mesmas consequências danosas que a retroatividade das leis. Juridicamente, a retroação de novos precedentes é tão perigosa quanto a de uma nova lei, pois ambas implicam inovação normativa, isto é, mudança no Direito. Por isso, a modulação temporal dos efeitos dos precedentes deve reger o sistema jurídico processual brasileiro, eis que é justamente essa técnica decisória que garantirá a irretroatividade do Direito.

O Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015 representa o ápice do lento processo de ascensão normativa dos precedentes e – devido à importância que lhes conferiu dentro do sistema processual – incorporou, em seu art. 927, §3º, uma técnica de modulação temporal dos efeitos das “alterações de jurisprudência” promovidas pelos tribunais superiores. O estudo dessa técnica decisória – conhecida nos sistemas de *common law* como *prospective overruling* – é o objetivo desta pesquisa.

Palavras-chave: Precedentes. Revogação. Modulação dos efeitos. Segurança jurídica. Irretroatividade do Direito.

ABSTRACT

Non-retroactivity is the most important aspect of legal certainty. It reveals a universal principle that protects not only the past, but also the present and the future; which ensures that the rights acquired and the obligations contracted are not erased. It is an imperative of reason that prevents the consequences of various legal facts from being unduly altered, human will from being distorted, that freedom to act in one way or another – or not to act – from being curtailed and that social chaos and ruin take place.

However, the principle of non-retroactivity is not completely fulfilled when it acts on legislation, once the Law is not restricted to it. In Brazil, the precedents issued by the higher courts are also sources of Law, which oblige and guide.

Thus, non-retroactivity must also reach the effects of new precedents that modify previous judicial rules – enunciated through theses by these higher courts –, precisely because, from a practical point of view, the retroactivity of new judge-made law would have the same harmful consequences than the retroactivity of legislation. Legally, the retroaction of new precedents is as dangerous as that of a new legislation, since both imply normative innovation, that is, change in the Law. For this reason, the temporal modulation of the effects of precedents must rule the Brazilian procedural legal system, since it is precisely this decision-making technique that will guarantee the non-retroactivity of Law.

The Brazilian Civil Procedure Code of 2015 - CPC / 2015 represents the pinnacle of the slow process of normative ascension of precedents and – due to the importance it gave to them within the procedural system – embodied, in its article 927, §3º, a technique of temporal modulation of the effects of ‘changes in case law’ made by the higher courts. The study of this decision-making technique – known in common law systems as prospective overruling – is the goal of this research.

Keywords: Precedents. Prospective overruling. Legal certainty. Law non-retroactivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O PROSPECTIVE OVERRULING NAS TRADIÇÕES DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW.....	20
1.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: PRECEDENTE, <i>STARE DECISIS</i> , <i>RATIO DECIDENDI</i> , <i>OBITER DICTUM</i> , <i>OVERRULING</i> E <i>DISTINGUISHING</i>	20
1.2 ESPÉCIES DE <i>PROSPECTIVE OVERRULING</i>	22
1.3 A (IR)RETROATIVIDADE DO DIREITO E AS TEORIAS DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO NA TRADIÇÃO DO <i>COMMON LAW</i>	24
1.3.1 A visão clássica do <i>common law</i>	24
1.3.2 <i>Stare decisis</i> e teorias declaratória e constitutiva da jurisdição	30
1.3.3 A posição ambivalente dos tribunais ingleses: tentativa de aproximação das teorias declaratória e constitutiva da jurisdição.....	31
1.4 O <i>PROSPECTIVE OVERRULING</i> NA TRADIÇÃO DO <i>COMMON LAW</i>	33
1.4.1 O <i>prospective overruling</i> nos Estados Unidos.....	34
1.4.2 O <i>prospective overruling</i> na Inglaterra	41
1.5 A (IR)RETROATIVIDADE DO DIREITO E AS TEORIAS DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO NA TRADIÇÃO DO <i>CIVIL LAW</i>	45
1.5.1 A visão clássica do <i>civil law</i>	45
1.5.2 O <i>prospective overruling</i> na tradição do <i>civil law</i>	53
1.5.2.1 França.....	54
1.5.2.2 Itália	57
1.5.2.3 Alemanha.....	61
1.5.2.4 Holanda.....	62
1.6 O <i>PROSPECTIVE OVERRULING</i> NO DIREITO COMUNITÁRIO.....	63
1.6.1 Tribunal de Justiça da União Europeia	64
1.6.2 Corte Europeia de Direitos Humanos	66
1.7 CONCLUSÃO	68
2 O PROSPECTIVE OVERRULING E A IRRETROATIVIDADE DO DIREITO NO BRASIL.....	74
2.1 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO FONTE DO DIREITO: TEORIAS DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO NO BRASIL	74
2.2 A ASCENSÃO DA NORMATIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. O APOGEU: CPC/2015. RECONHECIMENTO FORMAL DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES.....	78
2.3 A CONTRIBUIÇÃO DOS TRIBUNAIS NO PROCESSO DE FORTALECIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS	85
2.4 DIREITO INTERTEMPORAL. A SUCESSÃO DE NORMAS NO TEMPO. DA IRRETROATIVIDADE DA LEI À IRRETROATIVIDADE DO DIREITO	87
2.4.1 Sucessão de leis no tempo: da evolução do princípio da irretroatividade da lei em matéria cível à proteção do direito adquirido.....	92

2.4.1.1	<i>Limites constitucionais à retroatividade das leis em geral. A proteção constitucional de situações jurídicas consolidadas: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF).....</i>	96
2.4.1.2	<i>A (ir)retroatividade das leis interpretativas</i>	101
2.4.2	Sucessão de decisões administrativas no tempo: mudanças na interpretação da legislação pela administração pública.....	104
2.4.3	Sucessão de decisões judiciais no tempo: mudanças na interpretação da legislação pelo Poder Judiciário	111
2.4.3.1	<i>A natureza e a eficácia das decisões judiciais</i>	<i>111</i>
2.4.3.2	<i>Espécies de modulação temporal realizadas pelo Poder Judiciário</i>	<i>115</i>
2.4.3.2.1	<i>A modulação dos efeitos da legislação no tempo.....</i>	<i>115</i>
2.4.3.2.2	<i>A modulação dos efeitos dos atos administrativos no tempo</i>	<i>117</i>
2.4.3.2.3	<i>A modulação dos efeitos das decisões judiciais no tempo.....</i>	<i>118</i>
2.4.3.3	<i>A primeira interpretação uniformizadora das normas legisladas (first impression decisions) e a mudança da interpretação uniformizada (overruling). Diferenças de tratamento no que tange à eficácia das respectivas decisões.....</i>	<i>119</i>
2.5	O PROSPECTIVE OVERRULING NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. CASUÍSTICA DE 1988 ATÉ A EDIÇÃO DO CPC/2015	121
2.6	CONCLUSÃO	132
3	O SISTEMA DE DECISÕES JUDICIAIS COM EFICÁCIA VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O PROSPECTIVE OVERRULING NA PERSPECTIVA DO CPC/2015	137
3.1	A SEGURANÇA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO CONTEMPORÂNEO	137
3.2	O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: O PROCESSO JUSTO E A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES	138
3.3	AS FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS NA TEORIA DO DIREITO: DIKELÓGICA, NOMOFILÁCICA, PARADIGMÁTICA E UNIFORMIZADORA	142
3.4	ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS FUNÇÕES DE SEUS TRIBUNAIS NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	147
3.5	O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES INSTITUÍDO PELO CPC/2015	152
3.5.1	A consolidação do “novo” paradigma: o reconhecimento formal de determinadas decisões judiciais como fontes do direito	152
3.5.2	Deveres dos tribunais na perspectiva da Constituição e do CPC/2015	153
3.5.2.1	<i>Deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Art. 926, caput, do CPC/2015: a pedra de toque do sistema de precedentes.....</i>	<i>153</i>
3.5.2.2	<i>Segurança jurídica na mudança do Direito: irretroatividade e proteção da confiança.....</i>	<i>157</i>
3.5.2.3	<i>Dever de promoção da segurança jurídica: cognoscibilidade, confiabilidade (previsibilidade) e calculabilidade do Direito</i>	<i>161</i>
3.5.2.4	<i>Dever de estabelecer regras de transição: a segurança jurídica na mudança do Direito implementada pelos tribunais</i>	<i>165</i>

3.5.3	Conceitos de jurisprudência, precedente, súmula e súmula vinculante.....	168
3.5.4	Precedentes vinculantes (art. 927, CPC/2015)	172
3.5.5	Instrumentos assecuratórios da eficácia vinculante.....	178
3.5.5.1	<i>Reclamação</i>	178
3.5.5.2	<i>Ação rescisória e impugnação ao cumprimento de sentença</i>	180
3.5.5.3	<i>Recursos</i>	186
3.5.6	Fundamentação adequada e contraditório substancial (art. 927, §1º)	187
3.5.7	Modificação de precedentes (art. 927, §§2º e 4º): o <i>overruling</i> no sistema processual brasileiro.....	192
3.5.8	Modulação dos efeitos da decisão revogadora de precedente (art. 927, §3º): aspectos gerais do <i>prospective overruling</i> no sistema processual brasileiro....	197
3.5.8.1	<i>Quem pode modular?</i>	200
3.5.8.2	<i>Quando modular?</i>	201
3.5.8.3	<i>O que e como modular?</i>	205
3.5.8.4	<i>Por que modular?</i>	210
3.5.8.5	<i>Modulação no controle difuso</i>	215
3.5.8.6	<i>Modulação e primeira interpretação uniformizadora</i>	217
3.5.8.7	<i>Alternativas ao prospective overruling? Anticipatory overruling, sinalização e julgamento-alerta</i>	222
3.5.9	Publicidade dos precedentes (art. 927, §5º, e art. 979).....	226
3.6	O PROCEDIMENTO COMO FUNDAMENTO LEGITIMADOR DA EDIÇÃO E DA REVOGAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES E DA MODULAÇÃO TEMPORAL DE SEUS EFEITOS	229
3.6.1	Casos repetitivos (art. 928)	229
3.6.1.1	<i>Recursos excepcionais repetitivos</i>	230
3.6.1.2	<i>Incidente de resolução de demandas repetitivas</i>	234
3.6.2	A aplicação do procedimento dos recursos repetitivos como mecanismo geral de formação e revogação de precedentes fora da competência recursal extraordinária	236
3.7	DEVER DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES REVOGADORAS DE PRECEDENTES (<i>PROSPECTIVE OVERRULING</i>)	237
3.7.1	A analogia entre as leis e os precedentes	238
3.8	O <i>PROSPECTIVE OVERRULING</i> NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. CASUÍSTICA FIRMADA APÓS A EDIÇÃO DO CPC/2015. ATUAL ESTADO DA ARTE	250
3.9	CONCLUSÃO	256
4	O <i>PROSPECTIVE OVERRULING</i> EM MATÉRIA PROCESSUAL CIVIL: PARTICULARIDADES DA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DOS PRECEDENTES ENVOLVENDO A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL	263
4.1	SEGURANÇA JURÍDICA PROCESSUAL OU INSTRUMENTAL: SEGURANÇA NO PROCESSO E SEGURANÇA PELO PROCESSO.....	263
4.2	DIREITO INTERTEMPORAL PROCESSUAL CIVIL	264

4.2.1	Modulação temporal dos efeitos dos precedentes promotores de <i>overrulings</i>	266
4.2.1.1	<i>Irretroatividade das normas processuais: a interpretação da técnica modulatória do art. 927, §3º, do CPC/2015 à luz do seu art. 14</i>	266
4.2.1.2	<i>A influência do contraditório na modulação dos efeitos de novas teses processuais</i>	268
4.3	UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PROCESSUAL E MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DO PRECEDENTE UNIFORMIZADOR	271
4.3.1	Instrumentalidade do processo e formalismo processual	272
4.3.2	O princípio da fungibilidade dos meios e a limitação da retroatividade do precedente uniformizador	277
4.4	CONCLUSÃO	279
CONSIDERAÇÕES FINAIS		282
REFERÊNCIAS		284

INTRODUÇÃO

O estudo dos efeitos das decisões judiciais pode ser empreendido a partir de diversos enfoques. A abordagem desenvolvida neste trabalho diz respeito à modulação dos efeitos de determinadas decisões no tempo. Em outros termos, analisam-se aspectos ligados à possibilidade de outorga de efeitos prospectivos (não retroativos) às normas pretorianas editadas pelos tribunais superiores do país por meio de seus precedentes.¹

Os casos mais frequentes de manipulação temporal da eficácia de decisões judiciais referem-se ao controle de constitucionalidade (*judicial review*), hipóteses em que o tribunal competente restringe a retroatividade inerente às declarações de inconstitucionalidade de leis.

A modulação da eficácia de decisões judiciais também pode ter lugar quando os tribunais superiores mudam de entendimento quanto ao conteúdo de regras ou princípios postos pelo Poder Legislativo. Isso ocorre quando esses tribunais conferem uma nova interpretação aos textos legislados, atribuindo-lhes sentido diverso do exteriorizado na norma pretoriana anterior, isto é, quando dão respostas diferentes a uma mesma questão jurídica, sem que tenha havido alterações nas regras e princípios positivados e no contexto fático litigioso, como nos casos de mutações constitucionais. Em tais situações, ao abandonarem seus precedentes ou sua jurisprudência anteriormente firmada, esses tribunais podem atribuir eficácia prospectiva (*ex nunc* ou *pro futuro*) à novel norma interpretativa.

As questões relacionadas à possibilidade de adoção de técnicas modulatórias limitadoras da eficácia retroativa de decisões judiciais promotoras de mudanças de precedentes são complexas, envolvendo profundas reflexões associadas ao papel dos tribunais no sistema político-jurídico, à natureza e os limites da jurisdição, ao enquadramento das decisões judiciais como fonte do Direito, à separação dos poderes e à segurança jurídica.²

A modulação temporal é fenômeno conhecido nos sistemas da *common law* como *prospective overruling*, que retrata uma interessante técnica decisória – tradicionalmente pouco estudada no país e alhures, tanto em sistemas da tradição jurídica do *common law* quanto de *civil law* –, mas que, a partir de sua positivação no art. 927, §3º, do CPC/2015, há de receber maior atenção da doutrina nacional, notadamente porque tem sido utilizada, sem muito rigor técnico, pelos tribunais pátrios.

¹ Compreendida a expressão “norma pretoriana” como resultado da interação entre o texto legal, os fatos (realidade) e o juízo de valor feito acerca deles pelos tribunais superiores. Ela é exteriorizada por meio de uma tese jurídica proclamada em um precedente de tribunal superior.

² Cf. STEINER, Eva (ed.). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. v e vi (prefácio).

O objetivo geral da presente tese é tornar a aplicação da técnica modulatória prevista no art. 927, §3º, do CPC/2015 a regra do ordenamento jurídico nacional, e não a exceção, conforme sustenta abalizada doutrina.³ A partir do modelo constitucional de processo, almeja-se contribuir para a construção de um sistema processual mais estável, previsível e calculável – que seja capaz de mitigar a insegurança decorrente da revogação de precedentes dos tribunais superiores –, mediante a atribuição de efeitos prospectivos às novas normas pretorianas, preservando-se, dessa forma, situações jurídicas plenamente constituídas à luz do entendimento anterior, vigente na data em que praticados os atos e os negócios jurídicos ou realizadas as condutas.

Para atingir esse desiderato, propõe-se transpor as regras de direito intertemporal aplicáveis às leis para o universo das decisões judiciais, estabelecendo um paralelismo entre a ‘sucessão de leis no tempo’ e a ‘sucessão de precedentes no tempo’. *Mutatis mutandis*, defende-se que aquilo que vale para as mudanças legislativas deve igualmente valer para as mudanças de precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que, em ambas as situações, verificam-se alterações substanciais do Direito conglobantemente considerado, fruto de inovações normativas que não podem produzir efeitos *ex tunc*.⁴

A proposta apresentada é bastante ampla e visa a apanhar as mudanças de normas pretorianas concernentes aos mais diversos ramos do Direito (civil, penal, tributário, eleitoral, previdenciário, administrativo *etc.*), na medida em que se apoia em princípios estruturantes do Estado Constitucional de Direito, como a segurança jurídica e a igualdade, e, ainda, nas disposições constitucionais – arts. 5º, XXXVI, XXXIX e XL, 16, 150, I e III, e 196, §6º – e infraconstitucionais – arts. 1º a 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB – que disciplinam a eficácia das leis no tempo.

Num extremo, se a nova lei penal benéfica retroage, a nova norma judicial mais benéfica também deve retroagir (eficácia *ex tunc*). Noutro extremo, se a lei eleitoral e a lei tributária gravosa têm sua eficácia diferida no tempo pela Constituição (em razão da incidência de regras

³ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 17; DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 499-500.

⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 550; CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 45-46.

sobre anualidade, anterioridade e nonagesimal), entrado em vigor apenas em data futura⁵, as novas interpretações outorgadas à legislação que versa sobre tais matérias não de merecer o mesmo tratamento (eficácia *pro futuro*).

Dentre esses extremos, por força do art. 5º, XXXVI, da Constituição, a irretroatividade normativa – salvo disposição constitucional em contrário, como a prevista no art. 5º, XL⁶, da Constituição – é o princípio vetor do direito intertemporal no ordenamento jurídico brasileiro, encerrando uma das manifestações mais eloquentes da segurança jurídica. De sorte que a regra válida para os demais ramos do Direito é a eficácia imediata e prospectiva da lei, a qual, salvo se trouxer disposição expressa em contrário, passa a vigor quarenta e cinco dias após a sua publicação oficial.

Já dizia Rui Barbosa que “desde que o sentimento da justiça principiou a iluminar as sociedades, de cuja civilização descende a contemporânea, se entrou a enxergar o princípio da irretroatividade das leis”.⁷ A irretroatividade das leis emerge, assim, da própria razão humana, da necessidade de o Estado assegurar a liberdade, a igualdade e a segurança no seio das relações sociais.

Desde Platão na Grécia antiga, passando pelos imperadores Theodósio, Valentiniano e Justiniano em Roma, pelo Direito Canônico da Idade Média, por Maquiavel em Florença, no limiar do Iluminismo, pelos revolucionários franceses do final do século XVIII e início do século XIX, por Savigny na Escola Histórica do Direito na Alemanha, até as legislações modernas, a inviolabilidade do cânone sagrado da irretroatividade das leis se fez presente em todos os códigos antigos e modernos.⁸

Com efeito, o princípio da irretroatividade – alicerce de todo o direito intertemporal – há que nortear as mudanças no Direito implementadas por meio da alteração de precedentes, mesmo porque a incidência retroativa de novos entendimentos acarreta consequências práticas tão danosas quanto as que seriam provocadas pela edição de leis dotadas de eficácia retroativa, a ponto de Roque Antônio Carrazza afirmar que “é mais importante a irretroatividade da jurisprudência, que das próprias leis”.⁹

⁵ Ressalvados, naturalmente, os tributos cuja criação ou majoração não estão submetidos a essas regras, como os impostos de importação e de exportação, nos termos do art. 150, §1º, da Constituição.

⁶ Que deve ser lido como “a norma penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

⁷ BARBOSA, Rui. Leis retroativas e interpretativas no Direito brasileiro. In: BRASIL, Ministério da Educação e Saúde. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XXV, t. IV. Rio de Janeiro, 1898, p. 150.

⁸ *Ibid.*, p. 150-151.

⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 62.

Nesse contexto, as menções textuais às leis nos arts. 5º, XXXV, XXXIX e XL, 16, 150, I e III, e 196, §6º, não de ser interpretadas de forma extensiva, fazendo alusão ao Direito conglobantemente considerado, abrangendo, portanto, os precedentes dos tribunais superiores que alteram entendimentos consolidados. O art. 5º, XXXVI, da Constituição, *v.g.*, deve ser compreendido como uma proibição ao Estado (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) de cunhar normas gerais ou individuais que prejudiquem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Sem negar a profunda relação de interdependência entre o direito material e o direito processual¹⁰, mas considerando-se que o direito processual civil goza de autonomia científica, sendo iluminado por princípios que lhes são próprios¹¹ – como o devido processo legal, a instrumentalidade, a fungibilidade e a primazia da solução de mérito –, intenta-se deduzir argumentos complementares que reforcem a proposição de que o manejo da técnica modulatória, vazada no art. 927, §3º, do CPC/2015, deve ser obrigatório sempre que estiverem em jogo alterações na interpretação da legislação processual civil.

Conforme adverte Giuseppe Ruffini, os cânones inerentes ao princípio constitucional do *giusto processo* demandam uma reflexão sobre as consequências das mudanças de jurisprudência em relação às posições jurídicas das partes que conformaram suas condutas a uma norma pretoriana processual posteriormente revogada, a fim de evitar que elas amarguem um prejuízo processual irreversível.¹² Há, pois, razões adicionais que impõem a atribuição de efeitos prospectivos às mudanças de normas pretorianas de conteúdo processual civil: a principal delas assenta-se no princípio do contraditório.

Fixados os objetivos do presente trabalho, cumpre estabelecer suas premissas básicas.

A primeira premissa consiste na admissão de que determinadas decisões do STF, STJ, TSE e TST têm o condão de se tornar precedentes e de que as decisões que se tornam precedentes – e somente elas – constituem fontes primárias do Direito.

Parte-se das ideias de que a atividade jurisdicional que culmina na formação de um precedente detém natureza criativa-constitutiva do Direito, e não meramente declaratória, e de que, como fonte normativa primária, esses precedentes são dotados de eficácia vinculante *erga*

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do Direito Material sobre o Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 14-17.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 7; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17-20; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 29-33.

¹² RUFFINI, Giuseppe. Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e giusto processo. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 6, 2011, p. 1394.

omnes, devendo a *ratio decidendi* neles estampada ser obrigatoriamente aplicada pelos juízes e tribunais inferiores, bem ainda pelo próprio tribunal superior que a exarou.

A segunda premissa é que a modificação de precedentes é medida absolutamente excepcional. A regra geral milita a favor da manutenção do *status quo*, da estabilidade das interpretações judiciais da Constituição e das leis, da calculabilidade e confiabilidade das normas contidas nos precedentes, enfim, da segurança jurídica.¹³

Destarte, a princípio, os *overrulings* deveriam resultar apenas de mudanças sociais, culturais, econômicas e tecnológicas que efetivamente transformam a realidade e que não podem ser ignoradas pelos tribunais. Nesses casos, diz François Ost, apoiando-se em Portalis, que a mudança do precedente “impor-se-á por si mesma quando for induzida pelo progresso das luzes e pela força das circunstâncias”.¹⁴

A terceira premissa assenta-se no fato de que só os tribunais superiores podem promover a modulação dos efeitos de seus precedentes, porquanto são os únicos que podem pronunciar teses de observância obrigatória, que funcionam como pautas de condutas conformes ao Direito para a sociedade e para o Estado.

A derradeira premissa, de cunho procedimental, exsurge da imprescindibilidade da adoção de um procedimento específico para a criação de precedentes vinculantes, caracterizado pela ampla publicidade, pelo contraditório substancial, pelo recrudescimento do dever de fundamentação, pela suspensão da tramitação dos processos versando sobre a questão jurídica afetada e pela proclamação solene da tese formulada.

O procedimento que melhor atende a esses pressupostos é o dos recursos repetitivos cíveis e trabalhistas, regulados, respectivamente, pelos arts. 1.036 a 1.040 do CPC/2015 e pelos arts. 896-A, 896-B e 896-C da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, pois são os que mais concretizam a segurança jurídica, propiciando maior cognoscibilidade, previsibilidade, calculabilidade, consistência e aplicabilidade ao Direito forjado pelos tribunais.

Em uma nota, colocados os objetivos e premissas deste trabalho, busca-se remodelar a aplicação do dogma da retroatividade da interpretação judicial do Direito com os mesmos instrumentos da razão prática com o qual foi elaborado, conforme propôs Remo Caponi.¹⁵

¹³ Ideia que foi bem realçada pelos arts. 926, *caput*, e 927, *caput*, e §§3º e 4º, do CPC/2015.

¹⁴ OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 297.

¹⁵ CAPONI, Remo. Prospective overruling: bilancio di una vicenda. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 12, v. 19, n. 2, mai./ago. 2018, p. 177. O autor aduz que “[...] ciò è inteso in accezione ampia, che comprende anche la rimodulazione di dogmi giuridici, come specie di risoluzione di una lacuna valutativa. Vi rientra anche il caso della modificazione del dogma della retroattività illimitata della pronuncia giudiziale”.

Metodologicamente, visando a cumprir as aspirações propostas e a viabilizar uma análise ampla e sistemática dos assuntos que o permeiam, o presente trabalho estrutura-se em quatro capítulos. Ao longo dos capítulos, parte-se sempre dos temas mais gerais para os mais específicos.

No capítulo 1, promover-se-á uma incursão em torno do *prospective overruling* em países da tradição do *common law* e da família do *civil law*, mediante uma abordagem histórica dessa técnica decisória, empreendida a partir das teorias declaratória e constitutiva da jurisdição e da evolução da jurisprudência estrangeira sobre o tema.

O escopo do capítulo é evidenciar a infundável controvérsia sobre a natureza da atividade jurisdicional (se meramente declaratória ou constitutiva), que, ao fim e ao cabo, expõe a falta de consenso sobre os limites da atuação do Poder Judiciário (especialmente de seus tribunais superiores) no contexto do princípio da tripartição das funções estatais. Com isso, busca-se demonstrar quão sinuoso foi e é o caminho trilhado pelos tribunais no que tange à aceitação e à aplicação da técnica do *prospective overruling*, sobretudo em razão do histórico predomínio das teorias declaratórias da jurisdição nos países da tradição do *common law* e do *civil law*, corolário de uma bastante rígida visão do princípio da separação dos poderes.

No capítulo 2, tratar-se-á das mesmas questões abordadas no capítulo anterior, voltadas, porém, para o Direito brasileiro, desde a Monarquia até o advento do CPC/2015, com maior enfoque no período posterior à promulgação da Constituição de 1988, a fim de historiar a caminhada legislativa, doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza dos precedentes dos tribunais superiores (existência ou não de força vinculante) e, por conseguinte, de compreender o ambiente jurídico desenvolvido no país ao redor da técnica do *prospective overruling*.

A propósito, cuidar-se-á de questões ligadas ao direito intertemporal, partindo-se das regras estabelecidas na Constituição e nas leis que versam sobre o tema, analisando não apenas as clássicas hipóteses de sucessão de leis no tempo, mas também os casos de sucessão de decisões administrativas e judiciais.

No capítulo 3, discorrer-se-á sobre o sistema de decisões judiciais com eficácia vinculante instituído pelo CPC/2015, tomando-o da perspectiva do modelo constitucional de processo vigente instituído pela Carta Política de 1988 e do art. 926, *caput*, do novo *Codex* – dispositivo que representa a pedra de toque do sistema de precedentes brasileiro, na medida em que impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua ‘jurisprudência’ e de mantê-la estável, íntegra e coerente.

Evidentemente, o cerne da abordagem consistirá na proposição de uma leitura adequada do art. 927, §3º, do CPC/2015 à luz do ordenamento jurídico brasileiro atual, visando,

sobretudo, a demonstrar que os tribunais superiores têm o dever de aplicar o dispositivo em questão, uma vez que a modulação dos efeitos temporais dos precedentes revogadores é imposta pelo princípio da irretroatividade do direito, que guia, de forma absolutamente objetiva, a sucessão de precedentes no tempo, à semelhança do que se passa com a sucessão de leis no tempo.

No capítulo 4, focar-se-á a análise das particularidades que permeiam a modulação temporal dos efeitos dos precedentes dos tribunais superiores quando em jogo mudanças na interpretação de regras e princípios da legislação processual civil.

Verificar-se-á, ademais, a possibilidade de manipulação temporal dos efeitos de um ‘primeiro precedente uniformizador’ de jurisprudência – hipótese que não se confunde com a revogação de um precedente já firmado –, o que, na perspectiva defendida no presente trabalho, só se mostra viável no âmbito do direito processual.

1 O PROSPECTIVE OVERRULING NAS TRADIÇÕES DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW

1.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: PRECEDENTE, *STARE DECISIS*, *RATIO DECIDENDI*, *OBITER DICTUM*, *OVERRULING* E *DISTINGUISHING*

Precedente é uma decisão judicial. Mas não qualquer decisão judicial.

Segundo Frederick Schauer, está na base do conceito de precedente a ideia de que os tribunais devem seguir decisões anteriores suas ou das cortes superiores, de modo que os tribunais do presente deem as mesmas respostas às mesmas perguntas que eles próprios, ou uma corte superior, deram no passado.¹⁶

Essas mesmas respostas, prossegue Schauer, devem ser dadas ainda que o tribunal, ao julgar o caso presente, entenda que a solução anteriormente atribuída ao caso passado, por ele ou por uma corte superior, seja incorreta, pois a força de precedente da decisão decorre da autoridade que o edita, e não da solidez da fundamentação da decisão pretérita.¹⁷

Ademais, do ponto de vista formal, a qualificação de uma decisão como precedente depende do fato de a maioria dos membros do tribunal competente endossar a mesma razão de decidir (*ratio decidendi*). Do contrário, adotando os julgadores fundamentos diversos para decidir – nenhum deles capaz de convencer a maioria de seus colegas –, ter-se-á quórum para solucionar o caso concreto, mas não para formar um precedente orientador de decisões futuras.¹⁸

Há certo consenso doutrinário no sentido de que o autêntico precedente é aquele que, a um só tempo, volta seu olhar para o passado e, sobretudo, para o futuro.¹⁹

Para o passado, pois o tribunal, por meio do precedente, geralmente resolve uma controvérsia resultante de fatos anteriormente ocorridos, dando ao litígio a solução que entende ser a mais adequada – denotando a natureza retroativa da jurisdição.

Para futuro, pois o primeiro precedente (*leading case*) deverá ser aplicado pelos juízes para solucionar os casos supervenientes, assegurando, assim, que casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante, denotando a natureza prospectiva da jurisdição, uma vez que “o

¹⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press., 2009, p. 37-38.

¹⁷ *Ibid.*, p. 41.

¹⁸ Assim, hipoteticamente, num colegiado de nove julgadores (como é caso da Suprema Corte dos Estados Unidos), só surgirá um precedente se, pelo menos, cinco juízes adotarem os mesmos fundamentos determinantes. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento das Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 26-31.

¹⁹ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 11-13.

juiz sabe também que as máximas, de acordo com as quais resolve um caso, têm que aspirar a ter validade para todos os casos similares”.²⁰

No *common law*, a eficácia vinculante é assegurada pelo consagrado instituto do *stare decisis*.

A doutrina do *stare decisis* pode ser resumida na assertiva de que “é dever dos juízes e tribunais seguir os precedentes estabelecidos, de aderir ao Direito posto”²¹, evidenciando que a sua *ratio decidendi* deve ser necessariamente observada pelo Poder Judiciário para decidir, da mesma maneira, casos semelhantes no futuro.²²

Com efeito, a distinção entre *ratio decidendi* (a razão determinante da decisão) e *obiter dictum* (os argumentos ditos de passagem) é o elemento central da teoria dos precedentes, visto que o *binding effect* situa-se precisamente na sua *ratio decidendi*, que representa a norma geral pretoriana produzida a partir do caso concreto. Assim, a “afirmação de que um precedente tem força vinculante significa, em suma, que a sua *ratio decidendi* deve ser aplicada por juízes e tribunais em outros casos semelhantes supervenientes”.²³

Estabelecido o precedente, o órgão que o editou pode afastar-se dele. O tribunal pode revogá-lo ou modificá-lo, desde que atendidos certos pressupostos, especialmente ligados ao dever de fundamentação adequada.

De acordo com Melvin Eisenberg, há vários métodos argumentativos possíveis de serem empregados em uma decisão, que podem conduzir a abolição total ou parcial de um entendimento estampado em um precedente, entre os quais o mais dramático é o *overruling*.²⁴

O *overruling* é a superação, revogação ou abandono, total ou parcial, de uma norma geral (*ratio decidendi*) contida em um precedente, que, assim, é substituído por outro. Dá-se o *overruling*, em suma, quando o tribunal elabora, no presente, uma resposta completamente diferente da resposta elaborada por ele, no passado, a uma mesma pergunta ou questão jurídica.

²⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 327.

²¹ CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885, p. 6. Tradução livre de: “[the doctrine] is simply that it is the duty of judges and courts to follow established precedents, to adhere to settled law”.

²² RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista de Informação Legislativa*. n. 122, mai./jul. 1994, p. 282.

²³ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 14.

²⁴ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 104. Entre esses métodos, cujo gênero é o *overturning*, além do *overruling*, o autor cita o *prospective overruling*, a *transformation*, o *overriding*, o *signaling*, o *distinguishing* e a elaboração de distinções inconsistentes (*drawing of inconsistent distinctions*).

A outra conhecida espécie de afastamento (*judicial departure*) é a distinção entre casos (*distinguishing between cases*).²⁵ Por meio da técnica do *distinguishing*, o tribunal não modifica o seu precedente, mas restringe o seu âmbito de incidência. É dizer: em virtude de uma particularidade fática ou jurídica considerada relevante, o tribunal, fundamentadamente, dá uma resposta parcialmente diferente de uma resposta anteriormente dada, fazendo com que o *precedent case* não seja aplicado no *instant case*.

Precedente, *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling* e *distinguishing*. São esses os seis elementos imprescindíveis para a adequada formulação e compreensão de uma teoria dos precedentes.

1.2 ESPÉCIES DE PROSPECTIVE OVERRULING

Lato sensu, a expressão *prospective overruling*²⁶ refere-se a qualquer decisão judicial que implique o estabelecimento de normas pretorianas de forma não retroativa (*non-retroactive judicial law-making*).²⁷ O termo abrange diversas técnicas usadas por tribunais para limitar ou impedir a retroatividade de decisões judiciais.²⁸

Destarte, em perspectiva ampla, o *prospective overruling* abarca situações que não envolvem necessariamente a revogação de precedentes, como as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade – concentrado ou difuso – e em determinados casos decididos por um tribunal pela primeira vez (*first impression decisions*), bem como aquelas que preservam os efeitos de atos considerados ilegais em sua formação ou em seu conteúdo. Em todas essas situações, há mitigação ou eliminação da retroatividade das decisões judiciais.

Stricto sensu, o termo *prospective overruling* compreende apenas situações em que o tribunal modula temporalmente os efeitos de decisões que modificam normas gerais pretorianas contidas em decisões anteriores, ou seja, que revogam, ampliam ou restringem a *ratio decidendi* pretérita, caracterizando a hipótese clássica de *overruling* total ou parcial.

²⁵ A doutrina refere-se, ainda, à distinção dentro do precedente (*distinguishing within a case*), hipótese em que o tribunal do caso superveniente distingue o que é *ratio decidendi* daquilo que é *obiter dictum* na fundamentação do precedente interpretado. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

²⁶ Parte-se dos conceitos adotados no Direito estadunidense, onde surgiram as técnicas das mudanças judiciais prospectivas. Não obstante, esses conceitos são universalizáveis, podendo ser, *mutatis mutandis*, aplicados a qualquer Estado, seja da tradição do *common law* ou do *civil law*.

²⁷ POPELIER, Patricia *et al.* The effect of judicial decisions in time: comparative notes. In: POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLERBERGHE, Beatrix (ed). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, p. 11.

²⁸ JURATOWITCH, Ben. The temporal effect of judgments in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia *et al* (ed). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 167.

Nesses casos típicos, a atribuição de eficácia não retroativa, ou prospectiva, aos *overrulings* pode ocorrer basicamente em três situações: a) quando o tribunal modula os efeitos de uma mudança de entendimento referente à validade de uma lei; b) quando o tribunal modula os efeitos de uma mudança de entendimento relativa à interpretação de um dispositivo da constituição ou de uma lei (*statute law*); c) quando o tribunal modula os efeitos de uma mudança de entendimento relativa a uma “norma judicial anterior costumeira”, isto é, que não é produto da interpretação de um texto legislativo (*common law*).

A primeira hipótese (a) refere-se à alteração de um precedente ou de uma jurisprudência associada a determinadas técnicas de controle de constitucionalidade das leis, como em situações em que uma lei é declarada constitucional e posteriormente inconstitucional ou vice-versa. A segunda (b) diz respeito a modificações no significado ou na abrangência de dispositivos da constituição (mutações constitucionais) ou das leis, sem alteração formal do texto legal reinterpretado. A terceira (c) dá-se quando uma regra consuetudinária (um costume) é revogada.²⁹

A despeito de possíveis variações, há, em linhas gerais, três modalidades de *prospective overruling*: a) o *purely prospective*; b) o *prospective prospective*; e c) o *regular prospective*.

Por meio do *purely prospective overruling*, o tribunal aplica o precedente revogador somente aos fatos ocorridos depois da fixação da sua *ratio decidendi*, não incidindo a nova norma interpretativa nem mesmo no caso *sub judice*.³⁰ A eficácia da nova *ratio decidendi* é, pois, exclusivamente *ex nunc*.

No *prospective prospective overruling*, a regra pretoriana nova somente opera efeitos a partir de uma data futura que o tribunal vier a estabelecer.³¹ A vigência inicial da nova orientação é postergada para além do momento da conclusão do julgamento ou da publicação do novo precedente, gozando, portanto, de eficácia *pro futuro*.

Geralmente, a nova *ratio* também não se aplica ao caso concreto, podendo-se falar, portanto, em *purely prospective prospective overruling*.

No *regular prospective overruling*, a nova regra pretoriana – a fim de preservar as situações já consolidadas com base no precedente anterior e prestigiar os jurisdicionados que

²⁹ Segundo adverte Eva Steiner, cumpre ressaltar que os tribunais, na prática, para efeito de modulação temporal de decisões promotoras de *overrulings*, não têm feito distinção nítida entre a segunda e a terceira situações. O próprio Benjamin Cardozo advogava não haver diferença entre a mudança de normas judiciais decorrentes de leis (*statute law*) ou dos costumes (*common law*). STEINER, Eva. Judicial rulings with prospective effect – from comparison to systematisation. In: STEINER, Eva (ed). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 06.

³⁰ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 127-128.

³¹ *Ibid.*, p. 128.

tenham questionado a norma judicial anterior – aplica-se concomitantemente aos atos e fatos posteriores ao seu estabelecimento e retroage ao caso *sub judice* ou àqueles em que as partes tenham ajuizado ações até a data da decisão ou até outro marco pretérito fixado pelo tribunal.

Trata-se de uma formulação híbrida em que o tribunal, ao aplicá-la, pretende, a um só tempo, preservar as situações consolidadas com base na jurisprudência anterior e premiar aqueles que tenham ingressado em juízo, colocando em xeque a norma anterior.³² A decisão judicial produz efeitos *ex tunc* e *ex nunc* simultaneamente.

1.3 A (IR)RETROATIVIDADE DO DIREITO E AS TEORIAS DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO NA TRADIÇÃO DO *COMMON LAW*

1.3.1 A visão clássica do *common law*

O princípio da irretroatividade das leis é aceito pacificamente na Inglaterra há séculos. Sua origem histórica remonta ao direito romano.

No século XVII, já havia um forte consenso nos tribunais ingleses no sentido de que as leis deveriam operar apenas prospectivamente. Esse consenso decorria da crença comungada por juízes e advogados de que – além de gerar insegurança – a aplicação retroativa de uma nova lei seria algo inerentemente injusto.³³

Nada obstante, a mesma hostilidade manifestada em relação à retroatividade da legislação não era verificada no que toca às decisões judiciais, mesmo quando os tribunais anunciavam novas normas ou alteravam as antigas.³⁴

Essa visão restritiva do princípio da irretroatividade na Inglaterra, que cingia sua aplicação ao campo das leis, derivou do predomínio, em sede doutrinária e jurisprudencial, da teoria declaratória da jurisdição, que reproduziu, no âmbito da ciência jurídica, o pensamento iluminista dominante na época, de onde deita raízes a concepção jusnaturalista do Direito.³⁵

Defendida ao longo dos séculos XVI e XVII por importantes juristas ingleses, como Francis Bacon, Edward Coke e Matthew Hale, a teoria declaratória foi sistematizada e

³² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 420-421.

³³ TRAYNOR, Roger J. *Quo Vadis, prospective overruling: a question of judicial responsibility*. 50 *Hastings L. J.* 771, 1998-1999, p. 771.

³⁴ KAY, Richard. *Prospective overruling in US*. In: STEINER, Eva (ed). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 210.

³⁵ LEVY, Beryl Harold. *Realist jurisprudence and prospective overruling*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 109, nov. 1960, p. 04.

amplamente difundida por William Blackstone em sua obra *Commentaries on the laws of England*, publicada na Inglaterra na segunda metade do século XVIII.³⁶

A premissa básica da doutrina de Blackstone é que os juízes não criam o Direito, apenas declaram normas preexistentes. Suas decisões não constituem o Direito em si, sendo, tão somente, uma demonstração do que ele é, de modo que o Direito existe independentemente delas.

Destarte, uma decisão pretérita manifestamente absurda ou injusta não expressa um ‘direito ruim’ (*bad law*), mas sim a inexistência desse direito (*not law*); um precedente revogado não representa o costume estabelecido do reino, como havia sido erroneamente reconhecido.³⁷

Para Blackstone, uma decisão posterior que aparenta ter mudado uma norma jurisprudencial anterior só faz revelar aquilo que, na realidade, sempre foi o verdadeiro Direito.³⁸ Com efeito, segundo a formulação clássica da teoria blackstoniana, as decisões judiciais têm natureza meramente declaratória e, portanto, eficácia invariavelmente retroativa.³⁹

Nesse contexto, o juiz deveria exercer uma atividade puramente mecânica, revelando (à semelhança do que ocorre com a explicação dos fenômenos da natureza), a partir de métodos de observação e descrição objetivos dos acontecimentos jurídicos, o conteúdo do Direito que sempre existiu, como se um oráculo fosse.⁴⁰

A preocupação dos ingleses com os sérios problemas advindos da retroatividade das leis – ligados à insegurança e à injustiça – também já afligia os norte-americanos no outro lado do Atlântico e precede até mesmo à proclamação de independência dos Estados Unidos.

O art. 9º da Declaração de Direitos da Virgínia, promulgada em 12 de junho de 1776, positivou o princípio da irretroatividade na esfera penal, dispondo que “todas as leis que têm efeito retroativo, feitas para punir delitos anteriores a sua existência, são opressivas, e é necessário evitar decretá-las”.⁴¹

³⁶ LEVY, Beryl Harold. Realist jurisprudence and prospective overruling. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 109, nov. 1960, p. 02; Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts (Note). *71 Yale Law Journal*, 1962, p. 907.

³⁷ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*, 1769, p. 68-71, *apud* Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts (Note). *71 Yale Law Journal*, 1962, p. 908.

³⁸ Em 1713, dez anos antes do nascimento de Blackstone, Matthew Hale sustentava ideias semelhantes às que esse jurista viria a defender e difundir amplamente. Cf. Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts (Note). *71 Yale Law Journal*, 1962, p. 907.

³⁹ Cf. Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts (Note). *71 Yale Law Journal*, 1962, p. 907-908.

⁴⁰ Luiz Guilherme Marinoni bem sintetiza as ideias de Blackstone. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24-25.

⁴¹ Interessante observar que essa Declaração antecedeu a famosa e universal Declaração dos Direitos do Homem de 1789, cujo art. 8º trazia regra semelhante: “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

A Constituição dos Estados Unidos de 1787 positivou regras limitadoras da retroatividade, consistentes nas garantias da intangibilidade dos contratos, da vedação de edição de leis *ex post facto* e do devido processo legal.⁴²

Contudo, em razão da influência da teoria declaratória da jurisdição, herdada do *common law* inglês, a Suprema Corte dos Estados Unidos reiteradamente afirmou que essas garantias constitucionais representavam restrições impostas ao Poder Legislativo – que não poderia editar leis com efeitos retroativos –, e não à interpretação dessas leis pelo Poder Judiciário.^{43 44}

Portanto, o entendimento amplamente dominante na cultura jurídica norte-americana até o início do século XX era de que a aplicação retroativa de decisões judiciais, mesmo quando resultantes da criação de uma nova norma de conduta, diversa da anterior, não violava a Constituição.⁴⁵ A retroatividade era considerada inerente às decisões judiciais, na medida em que a função principal do Poder Judiciário seria solucionar, caso a caso, por meio do processo, litígios já ocorridos à luz do Direito costumeiro ou escrito vigente.⁴⁶

No que interessa diretamente ao presente trabalho, é preciso advertir, desde logo, que a consequência natural e inafastável, decorrente da doutrina blackstoniana, consagrada da teoria declaratória da jurisdição, é que toda mudança de orientação empreendida pelo Poder Judiciário deve ser necessariamente retroativa, não fazendo nenhum sentido qualquer pretensão de conferir eficácia prospectiva (ou imediata) às decisões judiciais.

Por ora, mostra-se necessário apenas tecer uma primeira crítica introdutória: na prática, a aplicação ortodoxa da teoria declaratória da jurisdição, com toda a sua inevitável carga de retroatividade normativa, pode gerar graves injustiças e enorme insegurança jurídica.

⁴² TRAYNOR, Roger J. *Quo Vadis, prospective overruling: a question of judicial responsibility*. 50 *Hastings L. J.* 771, 1998-1999, p. 771.

⁴³ *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts (Note)*. 71 *Yale Law Journal*, 1962, p. 909.

⁴⁴ A título de ilustração, em *Ross v. Oregon*, 227 U.S. 150 (1913), a Suprema Corte afirmou que: “A proibição do § 10 do artigo I da Constituição contra leis *ex post facto* é uma restrição ao poder legislativo dos Estados e diz respeito à elaboração de leis, e não à sua construção pelos tribunais. Embora essa proibição seja dirigida contra atos legislativos e atinja todas as formas em que o poder legislativo atue, e enquanto uma decisão judicial seja o ato de uma instrumentalidade do Estado, se o objetivo dessa decisão não for prescrever uma nova lei para o futuro, mas apenas o de aplicar as leis em vigor no momento em que as transações são concluídas, a decisão é um ato judicial, e não legislativo, e nenhum direito ou questão federal está envolvido sob a disposição *ex post facto* da Constituição”. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/227/150/>.

⁴⁵ Nesse sentido, colhem-se decisões proferidas nos séculos XVIII, XIX e XX: *Frank v. Mangum* 237 U.S. 309 (1915); *Ross v. Oregon* 227 U.S. 150, 161 (1913); *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87, 138 (1810); *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 385 (1798).

⁴⁶ Como se verá mais adiante, a partir do século XIX, a Suprema Corte também editou alguns poucos precedentes em sentido contrário, procurando preservar contratos em face de mudanças posteriores de jurisprudência.

Isso porque, se o “verdadeiro direito” sempre foi aquilo que a mais recente decisão judicial afirmou ser, ainda que a nova norma jurisprudencial defina como correto um modo de agir diverso daquele antes considerado juridicamente adequado pelos tribunais, exsurge sempre a possibilidade de um homem ter os seus atos julgados com base em um padrão normativo de conduta inexistente quando do acontecimento dos fatos.

Ou seja, a retroatividade plena e ilimitada das decisões judiciais permite que um comportamento praticado em conformidade com o Direito vigente, tal como compreendido pelos tribunais no momento da ação ou inação, convole-se posteriormente, quando submetido à apreciação judicial, em uma conduta ilegal. O sujeito é surpreendido pela mudança no Direito e torna-se passível de punição, sem que jamais tenha tido a vontade de infringir a norma de conduta, de praticar um ilícito civil, penal, administrativo ou processual.

Contudo, especialmente a partir do século XIX, a teoria declaratória da jurisdição, de base jusnaturalista, foi fortemente contestada pelo positivismo jurídico então em ascensão, que, em suma, atribuía primazia à segurança jurídica, conferindo maior importância à forma de produção do Direito e à autoridade com competência para criá-lo do que ao conteúdo das normas jurídicas criadas. Com o positivismo jurídico inglês, foram lançadas as bases da teoria constitutiva da jurisdição em diversos sistemas jurídicos da tradição do *common law*.

Os positivistas ingleses e americanos teceram críticas impiedosas à teoria declaratória, dirigindo-as especialmente a Blackstone. John Austin a classificou como uma “ficção infantil”.⁴⁷ Jeremy Bentham a comparou a um método adotado para o adestramento de cachorros, uma espécie de “*dog law*”. Lord Reid a descreveu como um “conto de fadas”. Julius Stone ressaltou a inevitabilidade da criatividade judicial. O americano Oliver Holmes ponderou que o *common law* não era uma “onipresença contemplativa no céu”, enquanto seu compatriota Benjamin Cardozo chamou a atenção para o poder da escolha no âmbito do processo judicial.⁴⁸

De acordo com o pensamento filosófico positivista inglês, o *common law* também era estabelecido pelos juízes, os quais detinham autoridade para criar o Direito (*the law-making authority*). O Direito era produto da vontade judicial⁴⁹, o que não significava dizer que os juízes não estivessem vinculados às leis ou aos costumes preexistentes.⁵⁰

⁴⁷ AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of Positive Law*, London, 1911, p. 634, *apud* WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*. In: GOLDSTEIN, Lawrence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 74.

⁴⁸ WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*. In: GOLDSTEIN, Lawrence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 74-75.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38-39.

Interessante observar que Bentham e Austin, os dois maiores expoentes do positivismo inglês da segunda metade do século XIX, convergiam suas doutrinas no sentido de reconhecer que os *case-law* são normas emanadas dos tribunais e que o Direito decorria exclusivamente de atos formalmente editados por delegação de uma autoridade soberana – e não de costumes previamente existentes, eventualmente revelados pelos tribunais, como sustentava Blackstone.⁵¹

No entanto, eles possuíam visões muito distintas acerca da importância das decisões judiciais no sistema jurídico inglês.

Para Bentham, o bom Direito era aquele legislado (*statute law*), positivado de forma clara e bem delimitada. Defendia ele que o sistema inglês ideal seria fundado em um ou mais códigos. De outro lado, Bentham sustentava que o *judge-made law* representava o que existia de pior no sistema de *common law* inglês, pois os juízes criavam o Direito, agindo como legisladores, sem, todavia, seguir formas predeterminadas e observar limites rígidos, o que tornava arbitrário o exercício do poder judicial⁵², particularmente, a edição de decisões retroativas.⁵³

Diversamente, Austin enaltecia o *judge-made law*, considerando o direito jurisprudencial (*case-law*) a melhor parte do Direito inglês, e clamava por uma atuação judicial mais construtiva, chegando ao ponto de exortar os juízes a ‘legislar’ de forma aberta.⁵⁴

Apesar da grande influência de seu pensamento, a exortação de Austin não foi acolhida pelos magistrados ingleses. Se, de um lado, ante a ascensão do positivismo, os juízes não mais podiam simplesmente argumentar que, ao modificar uma decisão anterior, estavam apenas revelando o verdadeiro e preexistente *common law*, como defendiam os jusnaturalistas, de outro, eles não quiseram admitir que, ao derrogar um precedente, sua função era, de fato, de recriar e aperfeiçoar o Direito.⁵⁵

⁵¹ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedente during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Lawrence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 67-70.

⁵² *Ibid.*, p. 66.

⁵³ McCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? *The Juridical Review*, 1966, p. 204. A propósito, Norberto Bobbio menciona que Bentham tecia uma crítica de caráter político ao sistema de *common law* inglês, fundado nos precedentes e costumes, consistente no fato de que “o povo não pode controlar a produção do direito por parte dos juízes, enquanto que se o direito fosse criado através de leis aprovadas pelo Parlamento, sua produção poderia ser controlada pelo povo e poder-se-ia dizer que o direito é expressão da vontade do povo”, o que justificava o temor quanto ao cometimento de arbitrariedades pelos juízes. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995, p. 99.

⁵⁴ McCORMICK, op. cit., p. 204-205.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 206.

Os tribunais ingleses, então, especialmente na segunda metade do século XIX, buscando mitigar o seu já indisfarçável *judge-made law*, encamparam a ideia de que modificar suas decisões anteriores seria legislar e que isso eles não estavam dispostos a fazer.⁵⁶

Foi nesse ambiente dogmático predominantemente positivista que a *House of Lords*, em 1861, ao julgar o caso *Beamish v. Beamish*⁵⁷, reconheceu que estava vinculada às suas decisões anteriores.⁵⁸ Significativa, a propósito, a seguinte passagem do voto de *Lord Campbell*:

[...] a norma estabelecida como Sua *ratio decidendi* [*r.d.* da *House of Lords*] claramente vinculante para todos os tribunais inferiores [...], se não fosse considerada como igualmente vinculante em relação a Suas Excelências, essa Corte estaria atribuindo a si própria o poder de alterar o direito, e legislando por sua própria autoridade.⁵⁹

Finalmente, depois de um longo e tortuoso percurso, encontrava-se consolidada, em sede jurisprudencial, a base da doutrina do precedente normalmente vinculante (*normally binding precedent*), que, pouco a pouco, foi reafirmada em diversos outros julgados posteriores a *Beamish*.⁶⁰

Entretanto, em 1898, em *London Tramways Co. v. London County Council*⁶¹, a *House of Lords* foi além e adotou a versão mais extrema do positivismo inglês, estabelecendo que não tinha poder para revogar suas próprias decisões, o que somente poderia ser feito pelo Parlamento. A Corte encampou, a partir desse julgamento, a doutrina do *strictly binding precedent*, isto é, do precedente fortemente vinculante.

Essa concepção positivista exacerbada – fundada em uma rígida visão da separação das funções legislativas e jurisdicionais – somente foi mitigada em 1966, com a edição do *Practice Statement*⁶², ocasião em que a *House* reconheceu que uma adesão excessivamente rígida aos seus precedentes poderia levar à injustiça em um caso particular e restringir o desenvolvimento do Direito. Admitiu ainda que, apesar de se manter vinculada aos seus próprios precedentes, poderia se afastar deles sempre que aparentasse certo fazê-lo.

⁵⁶ McCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? *The Juridical Review*, 1966, p. 204-205.

⁵⁷ [1861] 9 HL CAS 273. Sobre o caso *Beamish*, cf. ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 37-38.

⁵⁸ EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Lawrence (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 56.

⁵⁹ McCORMICK, op. cit., p. 205.

⁶⁰ EVANS, op. cit., p. 58.

⁶¹ [1898] AC 375.

⁶² Disponível em: <http://www.lawteacher.net/PDF/Practice%20Statement%20%5B1966%5D.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.

A doutrina do precedente fortemente vinculante foi, assim, substituída pela do precedente normalmente vinculante, que ainda vigora na Inglaterra.⁶³

1.3.2 *Stare decisis* e teorias declaratória e constitutiva da jurisdição

As teorias declaratória e constitutiva apresentam, do ponto de vista teórico, importantes diferenças no que se refere à doutrina do *stare decisis*, a qual, em poucas palavras, sustenta a força vinculante dos precedentes, isto é, que as decisões judiciais devem ser obrigatoriamente seguidas em casos semelhantes supervenientes.

Na perspectiva da teoria declaratória, uma decisão anterior fornece uma prova do que é o Direito, mas jamais pode ser conclusiva a esse respeito. Dessa forma, um juiz não pode ficar vinculado à anterior opinião de outro, visto que o seu papel é descortinar aquilo que é, e sempre foi, o verdadeiro e preexistente Direito.

Com efeito, um precedente deve ser seguido simplesmente porque, na visão do juiz ou tribunal que decide o caso presente, ele se mostra justo ou correto.

Tendo em mente que o tribunal pode, sem amarras, discordar da decisão de outro se a julgar errada, essa teoria não é compatível com a ideia de vinculação a precedentes do passado, na medida em que o *stare decisis* impele que a decisão anterior seja observada mesmo quando for considerada equivocada.⁶⁴

Assim, para a teoria declaratória, os precedentes anteriores são meramente persuasivos ou ‘vinculantes em sentido fraco’ (*weakly binding precedent*).

Não obstante, ao reconhecer que os juízes também detêm o poder de criação do Direito, e não apenas de revelá-lo, a ideia de vinculação aos precedentes, ao menos no sentido vertical, é perfeitamente lógica.

Na perspectiva positivista, apesar de nenhum órgão jurisdicional poder ser considerado infalível ou insuscetível de cometer erros, é incontestável que as decisões de um tribunal superior possuem maior autoridade do que as emanadas de cortes inferiores. Desse modo, o poder de criação do Direito é outorgado apenas ao tribunal de hierarquia mais elevada com competência para julgar determinada controvérsia.⁶⁵

⁶³ Sobre os estágios evolutivos do *common law* inglês e do desenvolvimento e consolidação da doutrina do precedente na Inglaterra, especialmente a partir do século XIX, cf. ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 26-42.

⁶⁴ WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*. In: GOLDSTEIN, Lawrence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 80.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 81-82.

Contudo, se é verdade que o positivismo é formalmente coerente com a ideia do *stare decisis* vertical, a doutrina positivista não justifica adequadamente o *stare decisis* horizontal, isto é, a autovinculação dos tribunais a seus próprios precedentes. Isso porque um tribunal superior deve ter o poder permanente de criação do Direito, o que não ocorreria se ele estivesse vinculado às suas próprias decisões.⁶⁶

Portanto, se um tribunal tem autoridade para criar o Direito por meio de suas decisões judiciais, é corolário natural que ele detenha um poder implícito para modificá-las ou revogá-las, não podendo se cogitar de autovinculação do ponto de vista formal.

Isso significa que a ideia do juiz dotado do *law-making authority* não seria capaz de fundamentar o *stare decisis* onde é mais importante: no âmbito do tribunal superior⁶⁷, porquanto, antes de exigir o respeito dos demais tribunais a seus precedentes, é preciso que ele próprio os respeite.

Para contornar essa inconsistência da teoria positivista, os tribunais tendem a admitir que, uma vez que têm autoridade para criar o Direito, também podem proclamar o próprio *stare decisis* como uma norma judicial e, por conseguinte, agir em conformidade com ela, autodeclarando-se vinculados a seus próprios precedentes e seguindo-os em casos futuros. Outra saída possível seria instituir o *stare decisis* pela via legislativa – tal como ocorreu no Brasil, especialmente após a edição do CPC/2015 –, incorporando-o formalmente ao sistema jurídico.⁶⁸

1.3.3 A posição ambivalente dos tribunais ingleses: tentativa de aproximação das teorias declaratória e constitutiva da jurisdição

Embora existam relevantes diferenças entre as doutrinas jusnaturalistas e positivistas no que tange à eficácia vinculante das decisões judiciais (*stare decisis*), conforme demonstrado, é mister frisar que os juízes ingleses sempre foram fortemente influenciados pela necessidade prática de assegurar certeza ao seu sistema jurídico.

A reivindicação por estabilidade, coerência, uniformidade e previsibilidade é um legado histórico do *common law*. A busca pela realização da segurança jurídica, diz Peter Wesley-

⁶⁶ WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis. In: GOLDSTEIN, Lawrence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 82.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

⁶⁸ WESLEY-SMITH, op. cit., p. 85; MARINONI, op. cit., p. 32.

Smith, invocando Arthur Goodhart, é considerada a causa e a justificação do sistema de precedentes inglês, sem a qual a justiça permaneceria fluída e instável.⁶⁹

De fato, a preocupação em promover concretamente a segurança jurídica, evitando-se a prolação de decisões conflituosas já era notada bem antes do desenvolvimento das teorias declaratória e constitutiva da jurisdição e, naturalmente, do reconhecimento formal do *stare decisis* horizontal e vertical pela *House of Lords*, o que só veio a ocorrer na segunda metade do século XIX.

A propósito, José Rogério Cruz e Tucci registra que os primeiros comentadores do *common law* já debatiam acerca dos problemas inerentes aos julgamentos contraditórios e que, sobretudo a partir da obra de Henry de Bracton (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, escrita em meados do século XIII), começou a ser delineada a ideia de o julgador se ater, na decisão de casos similares, aos fundamentos daqueles que já tinham sido anteriormente decididos, levantando-se a “questão da certeza do direito, quando colocada em perigo pelos juízes que decidiam desprezando o direito elaborado nos *vetera iudicia*”.⁷⁰

Destarte, as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição, cada uma à sua maneira, procuraram se pautar pelo respeito às decisões judiciais pretéritas e tiveram de admitir a possibilidade de revogação dos precedentes pelos tribunais, entre outros motivos, para não obstaculizar a marcha evolutiva do Direito.

O grande ponto de divergência entre ambas, contudo, reside nos efeitos que devem ser atribuídos a tais *ouerrulings*, se apenas retroativo ou também prospectivo.

Nada obstante o inegável poder criativo dos tribunais, mostrou-se conveniente aos juízes ingleses dos séculos XIX e XX se manterem fiéis a determinadas premissas da teoria declaratória como forma de se afastarem da acusação de estarem legislando e, por conseguinte, de se eximirem dos pesados fardos decorrentes do poder de criação do Direito e das consequências negativas advindas da atribuição de efeito retroativo às decisões judiciais revogadoras de precedentes.

Os tribunais, na prática, elucida Wesley-Smith, findaram por adotar uma postura ambivalente, movendo-se entre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição. Na praxe judiciária, apesar de suas contradições mútuas, essas teorias se aproximam, se complementam e funcionam “como armas alternativas dentro do arsenal judiciário”: a teoria constitutiva

⁶⁹ WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis. In: GOLDSTEIN, Lawrence (editor). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 84.

⁷⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.

fornece autoridade para o *judge-make law* e, assim, dá embasamento para modificações deliberadas dos precedentes, enquanto a teoria declaratória serve de fundamento para justificar as consequências dos *overrulings* promovidos pelos tribunais, legitimando a aplicação retroativa de novas normas judiciais a fatos passados.⁷¹

1.4 O *PROSPECTIVE OVERRULING* NA TRADIÇÃO DO *COMMON LAW*

Os países da tradição do *common law* adotam posturas bastante variáveis diante do *prospective overruling*.⁷²

Em um extremo, na Austrália, a modulação não possui respaldo na doutrina e na jurisprudência. A *High Court of Australia*, tribunal supremo do país, enfaticamente repele a aplicação do *prospective overruling* por entender que essa técnica modulatória é incompatível com as atribuições do Poder Judiciário.⁷³

A título de ilustração, em *Ha v. New South Wales*⁷⁴, a *High Court* pronunciou-se nos seguintes termos:

Essa corte foi instada [...] a revogar os julgados de franquia prospectivamente, deixando a autoridade desses casos inabalada por um período de doze meses. Essa corte não tem poder para revogar julgados prospectivamente. A nota distintiva do processo judicial há muito é fazer decisões vinculantes referentes a direitos e obrigações advindas de eventos e condutas passadas. *Prospective overruling* é pois inconsistente com o poder judicial [...] Se uma decisão anterior é errada e é necessário revogá-la, seria uma deturpação do poder judicial manter em vigor aquilo que é reconhecido como não sendo o Direito.⁷⁵

No Canadá, o *prospective overruling* também não encontra abrigo na jurisprudência, sendo considerado ‘um afastamento dramático do Direito’.⁷⁶ O entendimento funda-se na mesma ideia de que os tribunais não devem exercer atividade legislativa.

Nos Estados Unidos, desde meados do século XIX, a técnica do *prospective overruling* é empregada por diversos tribunais estaduais e foi chancelada pela Suprema Corte, que a

⁷¹ WESLEY-SMITH, Peter. Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis. In: GOLDSTEIN, Lawrence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 77.

⁷² JURATOWITCH, Ben. The temporal effect of judgements in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia et al (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 161.

⁷³ DOUGLAS, James; ATKINS, Eleanor; CLIFT, Hamish. Judicial rulings with prospective effect in Australia. In: STEINER, Eva (ed.). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 355.

⁷⁴ (1997) 189 CLR 465. No mesmo sentido: Heydon J in *Momcilovic v The Queen* (2011) 245 CLR 1.

⁷⁵ DOUGLAS; ATKINS; CLIFT, op. cit., p. 355.

⁷⁶ Item 22 do voto de Lord Nicholls em *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*, em que se refere ao ao direito canadense. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat.pdf>. Acesso em: 07 set. 2019.

declarou compatível com a Constituição do país. Na África do Sul, o *prospective overruling* tem amparo constitucional e é utilizado na prática.⁷⁷

Na Inglaterra, berço do *common law*, em 2005, a *House of Lords* admitiu que a utilização dessa técnica modulatória, do ponto de vista teórico, guarda harmonia com o sistema jurídico nacional, mas até hoje ela nunca foi empregada pelos tribunais locais.

Igualmente, na Nova Zelândia, em 2007⁷⁸, a Suprema Corte também acatou o *prospective overruling* na teoria, mas ainda não lançou mão desse mecanismo decisório em um caso concreto.⁷⁹

1.4.1 O *prospective overruling* nos Estados Unidos

Os Estados Unidos foram o país da tradição do *common law* em que a técnica do *prospective overruling* encontrou campo fecundo para se desenvolver a partir da segunda metade do século XIX.⁸⁰

A maior propensão norte-americana para utilizar o método do *prospective overruling* decorreu do fato de – ao contrário da Inglaterra – os Estados Unidos terem, desde a sua fundação, uma constituição escrita, que constantemente precisou ser interpretada e reinterpretada pelo Poder Judiciário, notadamente pela *United States Supreme Court*, o que tornou praticamente impossível negligenciar a função criativa dos tribunais.⁸¹

Os efeitos profundos das interpretações da Constituição obradas pela Suprema Corte (a despeito de o texto constitucional escrito ter permanecido praticamente inalterado), em todas as esferas do Direito, resultaram na identificação da imagem do juiz e da função do Poder Judiciário bastante diferente da tradicionalmente consagrada na Inglaterra, a ponto de parcela da doutrina e dos tribunais afirmar, sem constrangimentos, que “a Constituição é o que os tribunais dizem que ela é”.⁸²

Com efeito, as radicais transformações implementadas pelas mãos dos juízes da Suprema Corte ao longo do tempo – como na esfera do direito contratual e de família e, ainda,

⁷⁷ JURATOWITCH, Ben. The temporal effect of judgements in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 161.

⁷⁸ *Chamberlains v. Lai* [2007] 2 NZLR 7.

⁷⁹ JURATOWITCH, Ben, op. cit., p. 161.

⁸⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 743.

⁸¹ FRIEDMANN, Wolfgang. Limits of judicial lawmaking and prospective overruling. *The Modern Law Review*, nov. 1996, p. 593.

⁸² *Ibid.*, p. 593.

no âmbito da responsabilidade civil – tornaram imensamente difícil sustentar a velha ficção de que a atividade jurisdicional tem natureza meramente declaratória.⁸³

Nesse ambiente social e jurídico, surgiu e desenvolveu-se o realismo estadunidense, cuja “idade-de-ouro” teve “início nas últimas décadas do século XIX, com os escritos de Holmes, e foi ganhando cada vez mais força com a jurisprudência sociológica, de Pound, e os estudos de Llewellyn, Frank e seus sucessores”.⁸⁴ Sua base dogmática tinha ênfase na realidade funcional e prática dos tribunais⁸⁵, e seu ‘programa implícito’ era um detalhado e objetivo estudo do Direito como instrumento destinado a alcançar fins no contexto de uma sociedade cambiante.⁸⁶

As rápidas e constantes mudanças na sociedade americana, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, catalisadas, dentre outros fatores, por um intenso processo de industrialização do país, tornaram evidente o desejo da doutrina realista e dos tribunais de “aperfeiçoar o processo judicial”, elevando-o a um mecanismo de implementação de mudanças e avanços no Direito paralelamente ao “progresso trazido pelo legislador”.⁸⁷

Desse modo, a ressurgente e intensa preocupação com a concretização da justiça substancial em prol dos litigantes, como um valor a ser compatibilizado com as mudanças na lei, deixou clara a conveniência do emprego de técnicas de modulação temporal da eficácia de decisões judiciais como uma ferramenta adequada para otimizar o funcionamento de um tribunal contemporâneo⁸⁸, não apenas nos casos típicos de superação de precedentes (*overruling*), mas também nas hipóteses de declaração incidental de inconstitucionalidade das leis.

Tamanha era a preocupação em promover concretamente a segurança jurídica que a doutrina realista chegou a elaborar um projeto de lei visando a regulamentar a técnica do *prospective overruling*, o qual estabelecia uma nítida distinção entre a solução do caso concreto

⁸³ FRIEDMANN, Wolfgang. Limits of judicial lawmaking and prospective overruling. *The Modern Law Review*, november 1996, p. 593.

⁸⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012, p. 417. Bustamante, apoiado em Hessel Yntema, esclarece que o realismo jurídico era uma corrente filosófica que procurava, com técnicas variadas e com diversas predisposições, estender o conhecimento do Direito por meio da investigação crítica ou factual. Apesar de suas variadas correntes, a doutrina realista tinha pontos de partida comuns: “a concepção de Direito e sociedade em fluxo, com o Direito tipicamente por trás; a noção de criação judicial do Direito; a concepção do Direito pelas suas consequências; a insistência em um estudo objetivo dos problemas jurídicos, temporariamente divorciando o ‘ser’ do ‘dever ser’; a descrença em regras jurídicas como descrições de como o Direito opera ou é atualmente administrado, e particularmente sua confiabilidade enquanto um prognóstico de decisão; a insistência na necessidade de um estado mais preciso das situações e decisões jurídicas em categorias mais estritas e de uma pesquisa programática sustentada nessas linhas”. *Ibid.*, p. 417-418.

⁸⁵ LEVY, Beryl Harold. Realist jurisprudence and prospective overruling. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 109, nov. 1960, p. 01.

⁸⁶ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 418.

⁸⁷ LEVY, *op. cit.*, p. 01.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 01-02.

e a edição de uma norma jurídica geral (*ratio decidendi*) nos precedentes da Suprema Corte. Esse projeto de lei fundamentava textualmente a modulação temporal dos efeitos das decisões promotoras de *overrulings* na necessidade de tutelar a confiança justificada e tornava expressa a obrigação dos tribunais inferiores de seguirem o precedente editado pela Suprema Corte, isto é, que positivava o *stare decisis*.⁸⁹

Os primeiros casos em que houve modulação temporal da eficácia de decisões revogadoras de entendimentos consolidados diziam respeito ao alcance da garantia fundamental da intangibilidade/inviolabilidade dos contratos, prevista na Seção 10 do art. I da Constituição dos Estados Unidos (*no State shall [...] pass any [...] Law impairing the Obligation of Contracts*). Eles envolviam dois tipos de situações: a) em que, *ab initio*, um tribunal estadual considerou constitucional uma lei (e, portanto, válidos os contratos celebrados com base nela) e, posteriormente, a declarou inconstitucional; e b) em que esse tribunal passou a entender que uma determinada interpretação, inicialmente considerada conforme o Direito, tornou-se desconforme, como, *v.g.*, nas hipóteses de mutação constitucional, sem relação necessária com o controle difuso de constitucionalidade.

Na essência, em todos eles, a questão posta perante a Suprema Corte dos Estados Unidos era saber se, em relação aos contratos celebrados em conformidade com a primeira orientação (*first impression decision*), tais mudanças de entendimento violavam a referida garantia constitucional.⁹⁰

O *leading case* sobre o tema foi *Rowan v. Runnels*⁹¹, julgado em 1847. A Suprema Corte dos Estados Unidos, em conformidade com o entendimento assentado pela Suprema Corte do Mississippi, decidiu que uma determinada classe de contratos era válida. Posteriormente, a Suprema Corte local julgou tais contratos ilegais. Então, um processo foi aberto na *United*

⁸⁹ Segundo Levy, essa minuta de projeto de lei foi elaborada, em 1931, pelo professor Albert Kocourek da Northwestern University, mas não chegou a ser apresentada ao Congresso. Eis o texto proposto por Kocourek: “Sec. 1. The final judicial decisions of the Supreme Court are (a) Decisive of the rights of the parties. (b) Declarative of the rules of law for future application which govern the questions raised on the facts presented and decided. Sec. 2. (1) If the Supreme Court believes that a declaration of a rule of law theretofore made by the Supreme Court or by any inferior court is unjust, it will decide the instant case in accordance with the juster rule except (LEVY, p. 11) Where the former rule is a basis of reasonable and justifiable reliance applicable to the facts of the instant case, or (b) Where application of a new rule in its judgment will be unduly disturbing to a standard of reasonable and justifiable reliance as to the existence or non-existence of legal relations of other persons not then before the court. (2) When the Supreme Court refuses to depart from an existing rule in favor of what it pronounces a juster rule on the questions adjudicated, the expression of that view is evidence for future cases of the existence of reasonable reliance. Sec. 3. Nothing herein shall abridge the duty of inferior courts to apply the declarations of law made by superior courts”. LEVY, Beryl Harold. Realist jurisprudence and prospective overruling. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 109, november 1960, p. 12.

⁹⁰ Impairment of contract obligation by change of decision by State Court (Note). *Columbia Law Review*, v. 3, n. 4, apr. 1903, p. 272.

⁹¹ 46 U.S. 5 How. 134 (1847).

States District Court em Mississippi, tendo como base um desses contratos declarados ilegais. O caso, ao fim, aportou na Suprema Corte, que determinou que as instâncias ordinárias deveriam aplicar o Direito de acordo com entendimento vigente ao tempo em que o contrato foi celebrado, sob pena de, do contrário, conferir efeito retroativo à decisão da Suprema Corte do Mississippi.⁹²

A *ratio decidendi* estabelecida nesse *leading case* foi posteriormente estendida a dois outros casos semelhantes que diziam respeito à validade de obrigações oriundas de títulos públicos municipais (*municipal bonds*): *Gelpcke v. City of Dubuque*⁹³ e *Douglas v. County of Pike*.⁹⁴

Formou-se, assim, no âmbito da Suprema Corte estadunidense, jurisprudência no sentido de vedar a retroatividade de normas judiciais novas sobre contratos anteriormente celebrados.⁹⁵

No entanto, na década de 1910, julgando recursos criminais, a Suprema Corte adotou uma postura diversa da chancelada nos supracitados precedentes cíveis que houvera proferido no século anterior. O tribunal, em alguns julgamentos, asseverou que a garantia constitucional de irretroatividade da lei penal, decorrente da *ex post facto clause*, não era violada quando uma decisão de um tribunal local estabelecia uma interpretação inesperada de nova lei⁹⁶ ou, ainda, quando o novo julgado promovia um *overruling* ou era inconsistente com uma decisão anterior.⁹⁷

⁹² Impairment of contract obligation by change of decision by State Court (Note). *Columbia Law Review*, v. 3, n. 4, apr. 1903, p. 272.

⁹³ 68 US 175 (1864). No caso, a Suprema Corte decidiu que “quando firmados com base na confiança depositada em decisões judiciais pretéritas, os contratos não podem ser violados em razão de uma posterior mudança no Direito”.⁹³

⁹⁴ 101 U.S. 677 (1879). Já nesse caso, de forma mais enfática, a Suprema Corte asseverou que “depois de uma lei ter sido consolidada por construção judicial, a construção torna-se, no que diz respeito aos direitos contratuais adquiridos sob tal construção, tão parte da lei quanto o seu próprio texto, e uma mudança de decisão é, para todos os intentos e propósitos, o mesmo em seu efeito sobre contratos que uma alteração realizada pela via legislativa” e que “onde diferentes interpretações tenham sido dadas para a mesma lei em momentos diferentes, nunca nos sentimos obrigados a seguir decisões posteriores, se, com isso, direitos contratuais que tenham advindo de normas (judiciais) anteriores vierem a ser indevidamente afetados”.

⁹⁵ Pouco a pouco, de forma excepcional, as cortes supremas estaduais também começaram a modular os efeitos de suas decisões que implicaram reviravoltas jurisprudenciais. O primeiro precedente registrado sobre o tema foi da Suprema Corte do Alabama, exarado no final do século XIX, em *Jones v. Woodstock Iron Co*, 95 Ala. 551, 10 So. 635 (1892). A partir do século XX, colhem-se diversos outros casos em que cortes estaduais se valeram da técnica do *prospective overruling*, tanto em casos cíveis quanto criminais. Cf. Carolina do Norte: *State v. Bell*, 136 N.C. 674, 49 S.E. 163 (1904); *Hill v. Atlantic & N.C.R.R.*, 143 N.C. 539, 55 S.E. 854 (1906); *Hill v. Railroad*, 143 N.C. 539, 578, 55 S.E. 854, 868 (1906).

⁹⁶ *Ross v. Oregon*, 227 U.S. 150, 161 (1913).

⁹⁷ *Frank v. Mangum*, 237 U.S. 309 (1915).

Igualmente, na década de 1920, em outros casos⁹⁸, a Suprema Corte afastou-se da *ratio decidendi* de *Rowan v. Runnels*, *Gelpcke v. City of Dubuque* e *Douglas v. County of Pike*, que afiançava a intangibilidade de contratos celebrados antes de um *overruling*. Em *Tidal Oil Co. v. Flanagan*⁹⁹, v.g., ela disse que o simples fato de um tribunal estadual reverter uma decisão anterior em prejuízo de uma parte não afrontava a garantia de inviolabilidade dos contratos.

Nos *case-law* das décadas de 1910 e 1920, a Suprema Corte optou por não utilizar a técnica do *prospective overruling*, enfraquecendo, por conseguinte, a abrangência das garantias da inviolabilidade dos contratos e da proibição de edição de normas penais gravosas retroativas, cuja vedação à retroatividade normativa, encerrada nesses preceitos constitucionais, ficou restrita apenas às leis, não acolhendo as decisões judiciais.

Conforme se vê, ao final do primeiro quarto do século XX, a técnica em questão já era conhecida e, esporadicamente, empregada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, assim como por alguns tribunais de vértice estaduais, tanto em matéria cível e criminal quanto em matéria processual.¹⁰⁰ Na enorme maioria das vezes, entretanto, sua aplicação não era sequer ventilada ou, quando ventilada, era rechaçada sem maiores considerações.

Até então, os tribunais que empregaram a técnica do *prospective overruling* – influenciados pelo realismo jurídico – haviam centrado esforços em tentar contornar as dificuldades práticas e os inconvenientes causados pela aplicação retroativa de novas normas pretorianas em situações bastante específicas envolvendo direito penal, propriedade e contratos, sem buscar, todavia, estabelecer critérios objetivos mínimos para sua aplicação.

O primeiro grande divisor de águas, em tema de modulação, foi *Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*¹⁰¹, julgado pela Suprema Corte em 1932.

Nesse *leading case*, a questão principal posta em discussão residia justamente em saber se a Constituição permitia que tribunais – na espécie, se tratava da Suprema Corte de Montana – estipulassem uma nova norma judicial, mas aplicassem a antiga *ratio decidendi* para solucionar o processo em julgamento¹⁰², no qual se operou o *overruling*.

A conclusão a que chegou a Suprema Corte foi de que o *prospective overruling* não era permitido e tampouco proibido pela Constituição de 1787 e que caberia às Supremas Cortes

⁹⁸ v.g. *Tidal Oil Co. v. Flanagan*, 263 U.S. 444, 450 (1924); *Fleming v. Fleming*, 264 U.S. 29 (1924).

⁹⁹ 263 U.S. 444, 450 (1924)

¹⁰⁰ v.g. *Brinkerhoif-Faris Trust & Savings Co. v. Hill*. 281 U.S. 673 (1930). Trata-se de interessante precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos que versava sobre o alcance da cláusula do *due process of law*, na vertente do direito de acesso à justiça.

¹⁰¹ 287 U.S. 358 (1932).

¹⁰² STEINER, Eva. Judicial rules with prospective effects – from comparison to systematisation. In: STEINER, Eva (ed.). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 02-03.

estaduais decidir se suas novas normas, oriundas de mudanças na interpretação da legislação (*statute law*) ou de costumes (*common law*), deveriam ser aplicadas em transações anteriormente realizadas sempre que julgassem necessário, a fim de evitar injustiças ou gravames excessivos aos jurisdicionados.¹⁰³ Enfim, o *prospective overruling* foi anunciado como uma técnica decisória legítima e compatível com a Constituição de 1787.

Após *Sunburst* – já admitida a constitucionalidade da técnica do *prospective overruling* e delegado ao Poder Judiciário estadual o poder de decidir, caso a caso, sobre a oportunidade e conveniência de aplicá-la em situações envolvendo mudanças de sua jurisprudência –, os sodalícios estadunidenses, com maior frequência, de ofício ou por provocação, passaram a debater sobre a questão atinente à modulação temporal dos efeitos de seus *reversals*, admitindo-a em algumas ocasiões e rechaçando-a em outras tantas.¹⁰⁴

O segundo grande caso paradigmático apreciado pela Suprema Corte norte-americana, em matéria de modulação, foi *Chevron Oil Co. v. Huson*¹⁰⁵, julgado em 1971, quase quarenta anos após *Sunburst*.

A notoriedade desse *leading case* consistiu no fato de a Suprema Corte ter elaborado um teste com o intuito de fixar balizas objetivas para legitimar a aplicação do *prospective overruling*, que, em suma, consistia em verificar a presença de três fatores, que, se presentes concomitantemente, justificariam o emprego da técnica pelos tribunais dos Estados e por ela própria.

Os fatores a serem avaliados eram os seguintes: a) se a decisão a ser aplicada não estabelece retroativamente uma nova norma jurídica (*ratio decidendi*), seja revogando um claro precedente do passado (*overruling*) ou decidindo uma questão pela primeira vez (*first impression decision*); b) se, à luz do objetivo e do efeito dessa nova norma jurídica, a outorga de eficácia retroativa poderia estimular ou, ao contrário, retardar a efetivação da mudança de entendimento (*overruling*); c) a extensão das adversidades impostas pela aplicação retroativa do novo entendimento, notadamente da injustiça ou das dificuldades que seriam causadas pela retroatividade.

¹⁰³ KAY, Richard. Prospective overruling in US. In: STEINER, Eva (ed.). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 212-213.

¹⁰⁴ *State v. Jones*, 107 P.2d 324 (New Mex. 1940); *Hare v. General Contract Purchasing Corp.*, 220 Ark. 601, 249 S.W.2d 973 (1952); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Molitor v. Kaneland Community School Dist.* No. 32 163 N.E. 2d 89 (1959); Suprema Corte de *Kojis v. Doctor's Hospital*, 107 N.W. 2d 131 (1961); *Goller v. White*, 122 N.W. 2d 193 (1963); *James v. United States*, 366 U.S. 213 (1961); *Widell v. Holy Trinity Catholic Church*, 121 N.W. 2d 249 (1963); *Meyers v. Drozda*, 141 N.W.2d 852 (1966); *Linkletter v. Walker*, 381, U.S. 618 (1965); *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719, 721 (1966); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293, 297 (1967); *Desist v. United States*, 394 U.S. 244, 254 (1969).

¹⁰⁵ 404 U.S. 97 (1971).

Os tribunais estaduais logo procuraram replicar o teste dos três fatores para solucionar questões ligadas à eficácia de decisões promotoras de reviravoltas jurisprudenciais e, conseqüentemente, ao emprego da técnica do *prospective overruling*.¹⁰⁶ Todavia, não tardou para que ásperas críticas fossem levantadas por juízes da própria Suprema Corte contra o modo de utilização da técnica do *prospective overruling* e os “resultados injustos” decorrentes de seu manejo.

Com efeito, a partir do início da década de 1980, influenciada principalmente pelo *Justice Harlan*, a Suprema Corte endossou a doutrina da retroatividade total de suas decisões em controvérsias envolvendo garantias processuais penais, com ressalvas aplicáveis apenas a casos já definitivamente julgados.¹⁰⁷

Foi o que aconteceu, por exemplo, em *United States v. Johnson*¹⁰⁸, julgado em 1982, quando a Suprema Corte se pôs a apreciar a questão referente à retroatividade ou não de um acórdão proferido em 1980, em *Payton v. New York*¹⁰⁹, que estabeleceu que a quarta emenda proibía a entrada de agentes policiais sem mandado judicial para realizar prisões de rotina. Em *Johnson*, o tribunal decidiu que a *ratio decidendi* construída em *Payton* deveria ser aplicada a todos os casos não definitivamente julgados quando proferida a decisão.

No precedente estatuído em *Johnson*, a Corte pretendeu estabelecer a retroatividade como regra geral e fixar critérios mais rigorosos para aplicação da técnica do *prospective overruling*. A irretroatividade de novas normas jurisprudenciais deveria incidir apenas em casos em que houvesse um claro rompimento com o passado, o que ocorreria especialmente se a nova norma se sobrepusesse a um precedente consolidado ou desaprovasse uma prática aplicada pela Suprema Corte em casos anteriores.¹¹⁰ Nessas hipóteses, a prospectividade seria o caminho certo.¹¹¹

Finalmente, no despontar da década de 1990, influenciada pelo pensamento de outro juiz conservador, o *Justice Antonin Scalia*, a Suprema Corte, tornando a apreciar litígios de natureza cível, intentou interpretar restritivamente o *Chevron test*, confinando sua aplicação a determinados casos decididos com fundamento na equidade.

¹⁰⁶ KAY, Richard. Prospective overruling in US. In: STEINER, Eva (ed.). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 220.

¹⁰⁷ Ibid., p. 232. Cf. *United States v. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982); *Griffith v. Kentucky*, *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987); *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989);

¹⁰⁸ *United States v. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982).

¹⁰⁹ *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980).

¹¹⁰ MEYER, Emílio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 124-125.

¹¹¹ KAY, op. cit., p. 232.

Em três acórdãos da primeira metade da década de 1990¹¹², cuja controvérsia envolvia Direito Tributário, a Suprema Corte deliberou sobre a questão da modulação dos efeitos de decisões judiciais em situações concernentes a pedidos de restituição de impostos posteriormente declarados inconstitucionais, tendo manifestado uma visão hostil a qualquer tentativa de limitar a retroatividade de seus julgados. Nesses três acórdãos, a Suprema Corte atribuiu efeito retroativo às suas decisões e decretou, na linha da doutrina constitucionalista clássica estadunidense – influenciada pela teoria declaratória blackstoniana do *common law* inglês –, que a retroatividade, mormente quando envolve declarações de inconstitucionalidade de leis, era a regra e a prospectividade, a exceção.

Em *Harper v. Virginia Department of Taxation*, o mais recente desses acórdãos, a Suprema foi peremptória ao afirmar que:

Quando este Tribunal aplica uma regra de direito federal às partes perante ela, essa regra é o controle da interpretação do direito federal e deve ter efeito retroativo total em todos os casos ainda pendentes de revisão direta e em todos os eventos, independentemente de tais eventos serem anteriores ou posteriores ao nosso anúncio da regra [...]. Agora proibimos a construção de limitações seletivas temporais à aplicação do direito federal em casos não criminais.¹¹³

1.4.2 O *prospective overruling* na Inglaterra

Conquanto tenha sido reconhecida, do ponto de vista teórico, sua compatibilidade com o *common law* inglês, a técnica do *prospective overruling*, na prática, nunca foi empregada pela *House of Lords*, por sua sucessora, a *United Kingdom Supreme Court*, ou por nenhum outro tribunal da Inglaterra.¹¹⁴

A regra geral, mesmo em casos que envolvem a superação de um precedente consolidado há décadas, é a retroatividade das decisões judiciais, o que denota um forte ponto de convergência do *common law* inglês com a teoria declaratória da jurisdição de Blackstone.¹¹⁵

¹¹² *Am. Trucking Associations Inc. v. Smith*, 496 U.S. 167 (1990); *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529 (1991); e *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993).

¹¹³ KAY, Richard. *Prospective overruling in US*. In: STEINER, Eva (ed.). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 221.

¹¹⁴ Cf. JURATOWICH, Ben. *The temporal effect of judgments in the United Kingdom*. In: POPELIER, Patricia et al. (ed). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 161.

¹¹⁵ Nesse sentido, expondo um pensamento bastante condizente com as ideias de Blackstone, Lord Reid, no caso *West Midland Baptist (Trust) Association Inc. v. Birmingham Corporation* [1970] AC 874, 898-899, pontou o seguinte: “We cannot say that the law was one thing yesterday but is to be something different tomorrow. If we decide that [the existing rule] is wrong we must decide that it always has been wrong, and that would mean that in many completed transactions owners have received too little compensation. But that often happens when an existing decision is reversed”. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat.pdf> (Item 12 do voto de Lord Nicholls em *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*).

Entretanto, em algumas ocasiões, especialmente a partir da década de 1970, juízes da *House of Lords*, em *obiter dictum* ou em votos vencidos, manifestaram preocupação com os problemas decorrentes da aplicação retroativa de seus *departures* e suscitaram questionamentos, favoráveis e contrários, à possibilidade de limitação temporal dos efeitos dessas decisões promotoras de *overrulings*.

A modesta experiência da *House* com relação ao *prospective overruling*, a partir da década de 1970, foi bem sintetizada por um de seus membros, *Lord Nicholls*, que a historiou:

[...] Em *R. v. National Insurance Commissioner* [1972], *Lord Diplock* disse que esse tópico merecia consideração. *Lord Simon de Glaisdale* disse que a possibilidade de *prospective overruling* deveria ser seriamente considerada. Ele expressou uma preferência pela legislação, dizendo que a ‘opinião profissional informada’ provavelmente foi no sentido de que a *House* não tinha poder para anular decisões apenas com efeito prospectivo. *Lord Simon* repetiu seu apelo em *Milliangos v. George Frank (Textiles) Ltd* [1976]. Na Corte de Apelação, em *R. v. Governor of Brockhill Prison* [1999], *Lord Woolf* expressou a opinião de que o *prospective overruling* tinha muito a ser elogiado. Na *House of Lords*, essa questão foi deixada em aberto em 2001. *Lord Slynn de Hadley*, com a sua experiência na Corte de Justiça da União Europeia em mente, considerou que poderia haver situações nas quais o *prospective overruling* seria desejável e de maneira alguma injusto e que o efeito das decisões judiciais deveria ser prospectivo ou limitado a certos demandantes. *Lord Hobhouse de Woodborough* era hostil ao *prospective overruling*, descrevendo-o como uma negação do papel constitucional dos tribunais. No caso de imunidade de advogados, *Arthur J S Hall & Co v. Simons* [2002], a *House* afastou-se de sua decisão anterior em *Rondel v Worsley* [1969]. A decisão sobre a questão da imunidade no caso *Hall* não afetou o resultado efetivo nesse caso. Nesse contexto, meu nobre e instruído amigo *Lord Hope de Craighead* expressou a opinião de que a mudança na norma feita pela decisão em *Hall* só deveria produzir efeitos a partir da data do julgamento desse caso.¹¹⁶

No prelúdio do século XXI, a *House of Lords* promoveu um significativo *overruling* em matéria de responsabilidade civil, aplicando o novo entendimento retroativamente, como de costume.

No ano de 2002, em *Hall v. Simons*, a Corte revogou a *ratio decidendi* consolidada no precedente *Rondel v. Worsely*¹¹⁷, de 1967, que estabelecia que advogados não respondiam, perante seus clientes, por negligência na condução de processos judiciais. A imunidade em questão foi abolida retroativamente, de sorte que o novo entendimento passou a ser aplicado a fatos anteriores e posteriores à revogação de *Rondel*, ressalvadas as situações albergadas pela prescrição e pela ocorrência de coisa julgada em ações movidas pelos clientes em face de seus advogados.¹¹⁸

¹¹⁶ Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat.pdf>. (Item 14 do voto de *Lord Nicholls* em *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*).

¹¹⁷ *Rondel v. Worsely* [1967] 3 WLR 1666.

¹¹⁸ JURATOWICH, Ben. The temporal effect of judgements in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 168.

Na ocasião, somente *Lord Hope* defendeu que a técnica do *prospective overruling* deveria ser aplicada à nova *ratio decidendi* estampada em *Hall*. A seus colegas, *Lord Hope* disse que “considero que é um exercício legítimo da função judicial de suas senhorias declarar prospectivamente se a imunidade – que é uma norma pretoriana – deve incidir no futuro e, em caso afirmativo, em que circunstâncias”.¹¹⁹ Contudo, segundo informa Ben Juratowich, os demais membros da Corte sequer se dispuseram a discutir essa possibilidade.¹²⁰

Poucos anos depois do julgamento de *Hall*, a *House of Lords* fez o aceno mais significativo de sua longa história ao *prospective overruling*.

Em 2005, em *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*¹²¹, a *House* propôs-se a debater abertamente sobre os argumentos favoráveis e contrários ao *prospective overruling*, fazendo menção às experiências de outros países da tradição do *common law* e das Cortes Europeias de Justiça e de Direitos Humanos sobre o assunto; ao fim do julgamento, a *House*, a despeito de não modular os efeitos de sua decisão no caso concreto, deu um importante passo ao admitir a possibilidade teórica de empregar essa técnica modulatória.¹²²

Em 1979, em *Siebe Gorman & Co Ltd v Barclays Bank Ltd*¹²³, a *House of Lords* estabeleceu um entendimento referente aos encargos incidentes sobre determinados tipos de debêntures, o qual foi revogado em *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*. O banco, então, pediu que o novo entendimento fosse aplicado apenas em casos futuros, não abrangendo sequer o caso sob julgamento.

Lord Nicholls, em um único parágrafo de seu voto em *Spectrum*, expôs as principais objeções ao emprego da técnica do *prospective overruling* no *common law* inglês da seguinte forma:

A essência do argumento contrário ao *prospective overruling* é que neste país o *prospective overruling* está fora dos limites constitucionais da função judicial. Isso equivaleria à usurpação judicial da função legislativa. O poder de tomar decisões dotadas apenas de efeito prospectivo, diz-se, não é inerente ao papel judicial. Uma decisão que tenha apenas efeito prospectivo não pode ser caracterizada como apenas uma forma menos extensa de *overruling* do que o *overruling* com efeito retrospectivo e prospectivo. O *prospective overruling* retira da decisão sua autenticidade como um ato judicial. Tribunais existem para decidir as consequências legais de eventos passados. Uma decisão do tribunal que assume a forma de um *prospective overruling* puro não decide o conflito entre as partes de acordo com o que o tribunal declara ser

¹¹⁹ Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat.pdf>. (Item 27 do voto de *Lord Nicholls* em *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*).

¹²⁰ JURATOWICH, Ben. The temporal effect of judgements in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 168.

¹²¹ *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*¹²¹ [2005] UKHL 41. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat.pdf>

¹²² JURATOWICH, op. cit., p. 168.

¹²³ *Siebe Gorman & Co Ltd v Barclays Bank Ltd* (1979) 2 Lloyd's Rep 142.

o estado atual do direito. Mediante uma decisão dessa natureza, o tribunal edita uma decisão vinculante quanto a uma questão jurídica, mas não a aplica tal como foi declarada às partes em litígio perante o tribunal. O efeito de um prospective overruling dessa natureza é que, na questão de direito controvertida, o tribunal determina os acertos e erros das partes em conformidade com uma resposta que ele declara que não é mais uma manifestação correta do direito. Proferir decisões desse tipo não seria um exercício adequado do poder judicial neste país. Criar novas normas dessa maneira dá ao juiz a aparência de um legislador. A legislação é um assunto do Parlamento, não dos juízes.¹²⁴

Logo em seguida, Nicholls resumiu a questão controvertida a ser decidida em uma pergunta:

[...] uma decisão da *House* em uma questão jurídica dotada apenas de efeito prospectivo seria um afastamento tão significativo do procedimento judicial estabelecido a ponto de ser considerada como estranha à função desempenhada pelo Judiciário de acordo com a Constituição deste país?¹²⁵

Em resposta à indagação de Nicholls, a *House* reconheceu que a atribuição de efeito prospectivo ou, ao menos, a limitação da retroatividade de suas decisões é compatível com as suas funções jurisdicionais e, portanto, com o sistema de *common law* inglês.

Nada obstante, a Corte negou o pedido de modulação temporal feito pelo banco, por entender que, naquela situação específica, não existiam bons motivos para fazê-la. Na ótica da *House*, o precedente *Siebe Gorman* simplesmente estava errado e deveria ser revogado retroativamente.

Mais recentemente, em 2010, a Suprema Corte do Reino Unido, sucessora da *House of Lords*, discutiu sobre a possibilidade de modulação dos efeitos de decisões judiciais em uma ação relativa a garantias processuais penais, originada da Escócia. A questão era saber se a confissão prestada por uma pessoa, enquanto presa, sem que antes tenha tido acesso a um advogado, e utilizada pela promotoria em seu julgamento, violava o direito a um julgamento justo (*fair trial*), previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹²⁶

Segundo a posição pacificada pela *Scottish High Court of Justiciary*, a resposta era negativa. Entretanto, em *Cadder v. HM Advocate*¹²⁷, a Suprema Corte do Reino Unido entendeu, com base em um precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos estabelecido dois anos antes¹²⁸, que, em tais situações, haveria, sim, violação ao *fair trial*.

¹²⁴ Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat.pdf>. (Item 28 do voto de Lord Nicholls em *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*).

¹²⁵ Ibid. (Item 29 do voto de Lord Nicholls em *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*).

¹²⁶ JURATOWICH, Ben. The temporal effect of judgements in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia *et al* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 170.

¹²⁷ *Cadder v. HM Advocate* [2010], UKSC 43.

¹²⁸ *Salduz v. Turkey* (2008) 49 EHRR 421.

A promotoria de justiça da Escócia, por meio de seu *Lord Advocate*, requereu que a nova decisão produzisse efeitos apenas prospectivos. A Suprema Corte negou tal pedido e conferiu plena retroatividade à decisão, de modo a atingir todas as condenações penais não transitadas em julgado.¹²⁹

Argumentos de justiça foram invocados para justificar a aplicação retroativa da decisão. *Lord Hope* asseverou que “não seria certo negar a *Cadder*, e a outros condenados que recorreram tempestivamente, um meio adequado para corrigir a violação de um direito da Convenção” e, assim, fazendo menção à decisão em *Spectrum*, disse que a *House* já havia reconhecido que possuía poder para limitar os efeitos de suas decisões, mas que, em *Cadder*, também não seria o caso de limitá-los.^{130 131}

1.5 A (IR)RETROATIVIDADE DO DIREITO E AS TEORIAS DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO NA TRADIÇÃO DO *CIVIL LAW*

1.5.1 A visão clássica do *civil law*

Conforme relembra Rubens Limongi França, a irretroatividade é um pilar do Estado de Direito, cujo fundamento jurídico repousa no princípio da segurança jurídica e sua justificação filosófica assenta-se na razão humana, sendo intuitivo que uma norma jurídica não possa atuar antes do termo inicial de sua existência como regra cogente, exceto por transigência daqueles a quem atinge ou por imposição do poder que a estabelece.¹³²

A irretroatividade das leis, complementa Misabel Abreu Machado Derzi, advém da lógica das coisas, da razão e da moral e encontra-se na base do postulado da separação dos poderes.¹³³ O seu oposto, a retroatividade, nas palavras de Ferdinand Lassale, nada mais é do que:

¹²⁹ JURATOWICH, Ben. The temporal effect of judgements in the United Kingdom. In: POPELIER, Patricia *et al* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 171.

¹³⁰ *Ibid.*, 170-171.

¹³¹ Apesar de a controvérsia acerca da aplicação da técnica do *prospective overruling* ter se intensificado a partir da década de 1970, na visão de Andrew Nicol, a base jurisprudencial para o reconhecimento da legitimidade do *prospective overruling* pode ser extraída de precedentes bem mais antigos da *House of Lords*, datados do século XVII, tais como *Pierce v. Jones* (73 Seldon Society 182) e *The Magdalene College Case*, 11 Co. Rep. 66B and Nottigham’s ‘Prolegomena’ c. 30.30. NICOL, Andrew. Prospective overruling: a new device for English courts? *Modern Law Review*, sep. 1976, p. 559-560.

¹³² FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p 19.

¹³³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, 415.

[...] uma invasão da liberdade e responsabilidade do homem. É por esse motivo exclusivo que a retroatividade é inadmissível. Na sociedade, o homem é e deve ser livre [...] Se então, por uma lei subsequente, a ação voluntária do indivíduo é alcançada retroativamente, sua vontade é alterada, transformada em outra vontade; [...] Não importa quão vasto seja o poder de um legislador, ele nunca pode fazer um indivíduo querer outra coisa senão o que ele realmente queria. Assim, uma lei retroativa atribui depois às intenções individuais, ações diferentes da sua, torna-se violenta e peca seriamente contra a ideia que governa todo o direito, a ideia da realização do livre arbítrio. Assim, tal lei não é uma lei; é a consagração da injustiça absoluta, a negação de todos os direitos [...] uma lei retroativa distorce grosseiramente o pensamento e o conhecimento de um indivíduo. A mais livre determinação pessoal, o pensamento e a vontade, a expressão da espontaneidade mais íntima do indivíduo e, conseqüentemente, a própria mente, são transformados pela retroatividade em coisas passivas e inertes, à mercê dos acontecimentos exteriores.¹³⁴

A irretroatividade é, em suma, corolário do direito natural, que, para além de promover a segurança jurídica, também assegura a liberdade dos indivíduos, respeita sua vontade e, assim, ao fim e ao cabo, realiza a própria ideia de justiça.

O princípio da irretroatividade, diz Carlos Maximiliano, é “um filho do progresso”, cujo embrião remonta à Grécia antiga e que se desenvolveu gradualmente ao longo dos séculos até atingir o estágio de garantia constitucional fundamental.¹³⁵

No direito romano, conforme explica Wilson de Souza Campos Batalha, a irretroatividade das leis não era um princípio absoluto. Embora fosse admitida, excepcionalmente, a edição de leis retroativas, a regra geral era que elas somente deveriam ser aplicadas a negócios futuros.¹³⁶

A propósito, digna de nota é a célebre censura de Cícero ao pretor Verres, por ter esse último atribuído a um édito de sua lavra efeito retroativo. Indagou, então, Cícero na ocasião: “No tocante ao Direito Civil, se alguém estabeleceu algo de novo, julgaria ter destruído tudo o que fora feito antes?”¹³⁷

No ano de 440 d.C., o princípio da irretroatividade já se encontrava consolidado no direito romano por uma constituição dos imperadores Theodósio II e Valentiniano, que estipulava: “[...] é certo que as leis e as constituições regulam os negócios futuros e não retrocedem até os fatos passados; a não ser que explicitamente se ocupem, tanto do tempo anterior como dos negócios pendentes”. No mesmo sentido, a Novela 66, de Justiniano, em seu

¹³⁴ LASSALE, Ferdinand. *Théorie Systématique des Droits Acquis*: conciliation du droit positif et de la philosophie du droit. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904, p. 68-71.

¹³⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p.17.

¹³⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 64.

¹³⁷ MAXIMILIANO, op. cit., p.17.

capítulo 1º, §4º, preceituava que “[...] com efeito, importará em absurdo o que foi constituído corretamente, ser, pelo que naquela época ainda não existia, alterado em data posterior”.¹³⁸

Ulteriormente, essas regras foram incluídas no Código Justiniano, funcionando como normas de sobredireito e regulamentando a sucessão de leis no tempo. Justiniano prestou, assim, importante colaboração para o desenvolvimento do direito intertemporal, tendo, ademais, atribuído à *fides* (à confiança no regime jurídico vigente) o fundamento da irretroatividade das leis.¹³⁹

A despeito das relevantes contribuições herdadas do direito romano, na idade moderna, foi a Revolução Francesa que universalizou, entre os países da tradição do *civil law*, o princípio da irretroatividade das leis, erigindo-o à categoria de regra fundamental, prevista na Constituição de 5 *fructidor* de seu Ano III (1795).¹⁴⁰ Pouco depois, o art. 2º do Código Civil francês, de 1804, estipulou que “a lei não dispõe senão para o futuro; não tem efeito retroativo”. De teor idêntico era a previsão do art. 2º do Código Civil italiano do século XIX, que dispunha que “la legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroativo”.¹⁴¹

A Revolução Francesa foi marcada por uma ideologia muito bem definida, tendo os seus institutos sido delineados a partir dos fundamentos doutrinários que a inspiraram. A lei deixou de ser o produto da vontade arbitrária do monarca e passou a representar a expressão da vontade geral do povo soberano, manifestada por meio do Parlamento.¹⁴²

Como todo o poder emanava do povo, a lei era a única fonte legítima do Direito, estando, pois, todo o Direito contido nela. Estabeleceu-se, por conseguinte, o postulado da Supremacia do Parlamento, sustentado por um forte “positivismo legislativo”, em que o legislador não encontrava limites na ordem jurídica, podendo aprovar, em tese, qualquer tipo de lei.¹⁴³

¹³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p.17-18.

¹³⁹ CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Direito processual civil intertemporal*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 30.

¹⁴⁰ O art. 14 da Constituição de 5 *fructidor* de 1795 estabelecia que “aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d’effet rétroactif”.

¹⁴¹ Rui Barbosa, amparado em doutrina estrangeira de escol do final do século XIX e início do século XX, demonstra que o princípio da irretroatividade foi introduzido na legislação de diversos países europeus. Cf. BARBOSA, Rui. Leis retroativas e interpretativas no Direito brasileiro. In: BRASIL, Ministério da Educação e Saúde. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XXV, t. IV. Rio de Janeiro, 1898, p. 138-139.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

¹⁴³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 49. Apesar do poder, em tese, ilimitado do legislador, Merryman e Pérez-Perdomo ressaltam que, na prática, havia limites à sua ação, sendo os mais importantes “os determinados pelos conceitos, categorias e princípios do Direito Romano, que ainda eram ensinados nas universidades e reverenciados como a ‘razão escrita’”. *Ibid.*, p. 49.

Por isso, diz Luigi Ferrajoli, o Estado de Direito moderno nasceu sob a forma de Estado Legislativo de Direito, em que as leis são válidas, independentemente de serem justas, simplesmente porque foram postas por uma autoridade dotada de competência normativa.^{144 145}

A jurisprudência não era considerada fonte do Direito. A ela foi reservado, no plano teórico-doutrinário, um papel absolutamente secundário no sistema político-jurídico francês. Tanto é assim que, de acordo com a doutrina da separação dos poderes idealizada por Montesquieu, o juiz atuaria como um ser inanimado (*juge inanimé*), cuja função se reduziria a descrever as palavras da lei. O poder de julgar deveria ser um poder nulo, resultante de uma atividade puramente mecânica e descritiva (lógico-dedutiva), cabendo aos juízes atuar como a boca da lei, revelando o Direito já produzido pelo Parlamento.¹⁴⁶

Temia-se que, se aos juízes fosse conferida a prerrogativa de interpretar as leis, eles poderiam acabar inovando o ordenamento jurídico, criando Direito novo, à margem da lei.

Por isso, diante da necessidade de assegurar que os juízes não concentrassem ‘poderes criativos’ em suas mãos – e, assim, desvirtuassem a vontade soberana do Parlamento, como comumente ocorrera no passado com relação aos atos do monarca¹⁴⁷ –, o legislador revolucionário chegou ao extremo de proibir expressamente, por meio do Decreto 16-29, de agosto de 1790¹⁴⁸, que os magistrados interpretassem as leis, reservando tal tarefa ao próprio Poder Legislativo, ao qual cabia realizar a interpretação autêntica.^{149 150}

Com efeito, à vista da legislação em vigor, os julgamentos não poderiam refletir mais do que um “texte précis de la loi”, porque, do contrário, se fossem uma “opinion particulière

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*. n. 17. Madrid, 2001, p. 32.

¹⁴⁵ Aliás, essa é uma característica fundamental da doutrina juspositivista do *civil law* no que tange ao modo de encarar o Direito. Está no coração da teoria positivista a concepção do Direito como um fato, e não como um valor. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 25-26.

¹⁴⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 41.

¹⁴⁸ Os arts. 10 e 11, tít. II, do Decreto 16-29, de agosto de 1790, dispunham que: “os tribunais judiciários não tomaram parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo”. (Título II, art. 10); “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 11). MARINONI, op. cit., p. 31.

¹⁴⁹ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45-48.

¹⁵⁰ Na Prússia, o desejo de proibir que os juízes interpretassem a lei foi tão intenso que, no século XVIII, Frederico, o Grande, editou um Código ‘à-prova-de-juiz’, contendo mais de dezessete mil artigos (o Código de Napoleão tinha pouco mais de dois mil e duzentos artigos), que deveriam oferecer um catálogo completo de soluções para que os magistrados decidissem os casos sem precisar interpretar as regras legais. MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, op. cit., p. 69-70.

du juge”, viver-se-ia em uma sociedade sem se saber precisamente quais os compromissos que nela são abraçados.¹⁵¹

O reconhecimento de um papel criativo às decisões judiciais – e, portanto, de algum grau de eficácia vinculante *erga omnes* a elas – faria com que surgissem “dois legisladores”, o que transformaria os tribunais em um “poder temível capaz de pôr-se em luta com os outros poderes, suas decisões seriam leis que abateriam todas as barreiras”.¹⁵²

Outrossim, paralelamente à intenção de conter eventuais abusos dos juízes, a idealização da figura do *juge inanimé* apoiava-se na crença da suficiência da lei como único instrumento necessário para promover os valores e princípios maiores do novo Estado francês em ascensão. Acreditou-se que, sendo clara, estável e irretroativa, a lei, por si só, seria capaz de assegurar a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica para todas as pessoas, promovendo ainda a justiça.

As decisões judiciais, por sua vez, não contribuía para a concretização desses valores, eis que elas nada mais seriam do que declarações fiéis dos textos das leis replicados nos casos concretos por meio de um processo puramente silogístico.¹⁵³

Deitadas essas premissas teóricas, que consistiram na base jusfilosófica sob a qual se erigiu o positivismo jurídico na Europa Continental no século XIX, a jurisdição somente poderia ter sido concebida como uma atividade meramente declaratória de direitos e de situações jurídicas preexistentes, não lhe cabendo nenhum papel interpretativo-criativo.

Porém, os mitos da suficiência da lei e do *juge inanimé* logo foram abrandados. Não tardou para se constatar que não havia como privar os juízes de interpretar as leis e de que as decisões judiciais, juntamente com as leis, também contribuía para promover, no plano concreto, a justiça, a liberdade e a segurança jurídica.

O Código de Napoleão, de 1804, reconheceu que o juiz não apenas tem o dever de interpretar as leis, mas também de decidir, com base na equidade, os casos concretos nas hipóteses em que a lei é omissa.

O *Code*, inspirado, nesse ponto, nas ideias de Portalis, procurou traçar diferentes papéis para o legislador, para o juiz e para a doutrina. O ofício da lei seria “fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit: d’établir des principes féconds em conséquences”, não devendo descer ao “détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière”, enquanto a função dos juízes e da doutrina consistia em “pénétrés de l’esprit general des lois, à em diriger

¹⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

¹⁵² BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e analyse da Cosntituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Impe. E Const. De J. Villeuneve E. C., 1857, p. 379.

¹⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35-36.

l'application”, formando-se, a partir daí, um “supplément de la législation”¹⁵⁴, o que, contudo, na visão da *Ecole de l'Exégèse*, não significou, de modo algum, outorgar à jurisprudência um valor comparável ao do precedente.¹⁵⁵

Destarte, nesse ambiente político-jurídico que caracterizou o Estado Moderno na Europa Continental (que se erigiu sobre os dogmas da supremacia do Parlamento e da lei como única fonte do direito, levando ao extremo o princípio da separação dos poderes), a ciência jurídica, explica Luigi Ferrajoli, abandonou sua feição eminentemente normativa, transformando-se em uma ciência tendencialmente cognoscitiva, explicativa de um objeto autônomo e separado dela: o Direito posto¹⁵⁶, no qual o papel reservado ao Judiciário cingia-se a revelar aquilo que já foi preestabelecido pela própria lei.¹⁵⁷

Essa forma de pensar o Direito, que culminou na concepção de que a interpretação consiste em uma atividade mecânica do “juiz boca-da-lei” retrata, segundo aduz Mauro Cappelletti, “a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de declarar o direito de maneira não criativa, apenas com instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração sua valoração pessoal”¹⁵⁸. Para Karl Larenz, essa visão enviesada do Direito conduz à constatação de que se constitui

[...] um equívoco acreditar que a aplicação em si destas normas, cujo elemento de previsão está conceptualmente configurado, se esgota no procedimento lógico da subsunção. Antes de aí se poder chegar, tem já lugar um ato de julgar, que de modo algum está sempre isento de valoração.¹⁵⁹

Embebida nesse novo caldo cultural maturado ao longo do século XIX, a doutrina do alvorecer do século XX, na Europa Continental e na América Latina, abraçou, quase incondicionalmente, a teoria declaratória da jurisdição, recusando-se a reconhecer qualquer papel criativo ou inovador ao Poder Judiciário.

¹⁵⁴ MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55-56.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 57.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*. n. 17. Madrid, 2001, p. 33.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 32.

¹⁵⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 299. Combatendo essa visão clássica do Direito, Larenz ressalta ainda que “na interpretação das normas jurídicas, só aparentemente se trata de um processo em que a norma aplicável se coloca, à semelhança de um metro articulado, sobre a situação de fato a julgar e esta é por ele mensurada. Isto pressuporia, em primeiro lugar, que a norma aplicável estivesse já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo estivesse fora de questão. Se assim fosse, não careceria de interpretação. Em segundo lugar, isto pressuporia ainda que a situação fática a julgar estivesse já determinada em todos os seus elementos e que fosse também susceptível de se ajustar precisamente ao modelo dado na norma. Tampouco é isto que acontece”. *Ibid.*, p. 292-293.

Grandes nomes do direito processual civil na Itália, como Calamandrei e Chiovenda (cujas ideias produziram relevante influência na doutrina e na legislação processual brasileira ao longo do século XX e em, em alguma medida, até os dias atuais, mesmo após o advento do CPC/2015), advogavam a natureza meramente declaratória da atividade jurisdicional.¹⁶⁰

Em sua obra *La Cassazione Civile*, publicada em 1920, Piero Calamandrei afirma que as sentenças têm natureza meramente declaratória, devendo os juízes apenas revelar a vontade da lei já nascida antes mesmo da decisão.¹⁶¹ Outrossim, em obra diversa, o mestre reitera que o “ato jurisdicional não serve para criar o direito para o futuro, senão para fazer observar o direito que já tem se concretizado e individualizado no passado. Esse caráter não inovativo do ato jurisdicional [...] se encontra na base de toda atividade jurisdicional”.¹⁶²

Giuseppe Chiovenda, no volume I de suas *Instituições*, sustenta que “a função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela” e que o “objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade de lei que eles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes”.¹⁶³

Chiovenda ressalta, ainda, que a atuação da vontade da lei impõe um difícilíssimo trabalho de investigação dessa vontade – a interpretação –, mas reafirma que, recorrendo a critérios gramaticais, lógicos e históricos, cabe aos juízes tão somente “fixar o verdadeiro pensamento da lei”.¹⁶⁴

No volume II de suas *Instituições*, Chiovenda reitera que “ao decidir, não pode o juiz criar nem modificar a lei, antes deve tão só aplicá-la (mesmo se considerar injusta)”¹⁶⁵ e aponta os limites do poder do juiz em face da lei: a) o princípio de que a interpretação da lei realizada pelo juiz não era obrigatória para todos, mas apenas para as partes do litígio, na medida em que somente a interpretação autêntica – oriunda do próprio Poder Legislativo – é vinculante; b) o direito de recurso à Corte de Cassação, que foi instituída para manter a exata observância da lei.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Cf. ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 84-85.

¹⁶¹ CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile: disegno generale dell'istituto*. v. II. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1920, p. 37.

¹⁶² CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. I. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 152

¹⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1942, p. 75.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 78.

¹⁶⁵ *Id.*, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 1943, p. 45.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 45.

Vê-se, nitidamente, que Chiovenda refuta a possibilidade de criação judicial do Direito por meio da interpretação e da aplicação das leis, não admitindo que a atuação da vontade da lei pelos juízes possa consistir na determinação ou na criação dessa vontade, motivo pelo qual ele aduz que as decisões judiciais não vinculam terceiros que não participaram da relação processual.¹⁶⁷

E até mesmo no século XXI, as ideias de Calamandrei e Chiovenda acerca da natureza da função jurisdicional reverberam na doutrina processual civil moderna italiana, cujo entendimento predominante ainda parece ser no sentido de que a jurisprudência não é fonte do Direito.¹⁶⁸

O argumento central invocado pela *dottrina* do século XXI para sustentar a exclusão da jurisprudência do rol das fontes do Direito reside na leitura restritiva que faz da regra contida no art. 111 da Constituição italiana de 1947, inserido em um título dedicado à magistratura, que (dando concretude aos princípios democrático e da separação dos poderes) estatui que “la giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge”.¹⁶⁹

Corolário da interpretação dessa regra constitucional são as clássicas ilações de que precedentes não têm eficácia vinculante e de que os *mutamenti di giurisprudenza* devem operar efeitos exclusivamente retroativos, não sendo adequado, segundo a doutrina, fazer qualquer paralelo entre os efeitos da lei, via de regra prospectivos, e das decisões judiciais, invariavelmente retroativos.¹⁷⁰

Nada obstante, uma parcela da doutrina contemporânea, no Brasil e alhures, já nas últimas décadas do século XX, trilhava caminho diverso, admitindo a inserção da jurisprudência como fonte do Direito, ainda que subjacente à lei, tendo, às vezes, de forma corajosa, manifestado duras críticas à teoria declaratória da jurisdição.

¹⁶⁷ Encampando as ideias dessa corrente de pensamento na Itália, na primeira metade do século XX, o legislador, por intermédio do *Ordinamento Giudiziario* de 1942 (art. 65), expressamente estabeleceu que o papel da *Corte di Cassazione* italiana, como “organo supremo della giustizia”, era assegurar “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge”. Esse dispositivo legal positivou justamente a função de nomofilaquia em sua acepção original, tal como concebida por Calamandrei.

¹⁶⁸ Nesse sentido, cf. RUFFINI, Giuseppe. Mutamenti di giurisprudenza nell’interpretazione delle norme processuali e giusto processo. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 6, 2011, p. 1390 a 1406; VERDE, Giovanni. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpelove. *Rivista di Diritto Processuale*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, anno LXVII, n. 1, gennaio/febbraio. 2012, p. 06-20; COMOGLIO, Paolo. Minime riflessioni di ordine sistematico in tema de perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXVII, 2013, p. 525-540.

¹⁶⁹ “A justiça é administrada em nome do povo. Os juízes são sujeitos apenas à lei”. Nesse sentido, Giovanni Verde pontua que o art. 111 da Constituição italiana deixa clara a diferença entre os papéis do legislador e do juiz e, mais adiante, afirma que a jurisprudência, ainda que se enquadre na noção de ‘direito vivente’ de Ascarelli, não pode ser considerada uma fonte formal do direito, não sendo ela um “significante”, mas sim um “significado”, e como tal não pode ter força vinculante. VERDE, op. cit., p. 07-09.

¹⁷⁰ RUFFINI, op. cit., p. 1397-1398.

A criatividade da função judicial, isto é, o poder “da produção do direito por obra dos juízes”¹⁷¹, na contundente avaliação de Cappelletti, estampada na premissa de sua obra *Juízes legisladores?*, é uma “verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada, em todas as épocas e com inexaurível perseverança”.¹⁷²

Remo Caponi, outrossim, adverte que ainda levará algum tempo para que todos percebam que – superado o “absolutismo jurídico”, em que as leis editadas pelo Estado eram “todo o Direito” – as razões históricas que sustentaram a negação das decisões judiciais como fonte do Direito já deixaram de existir, pressagiando que o destino dessa jornada está definido.¹⁷³

Igualmente, na doutrina brasileira, Misabel Abreu Machado Derzi rememora que, desde Oscar Bullock, “é cediço afirmar o árduo papel criador do juiz”¹⁷⁴, sendo que o “Poder Judiciário não mais esconde, mesmo nas democracias que, mais de perto, se pautaram no modelo clássico de Montesquieu, seu papel criador”.^{175 176}

Destarte, à guisa de conclusão do tópico, vale ressaltar, com Mônica Sifuentes, que, no atual cenário de desenvolvimento da ciência jurídica, a assertiva de que os juízes dispõem de poder criativo é geralmente reconhecida como verdadeira, recaindo a real discussão, não sobre a existência dessa criatividade, mas sobre seu grau, modos e limites.¹⁷⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, o CPC/2015 deu um passo decisivo rumo ao enquadramento de determinadas decisões judiciais no rol das fontes criadoras do Direito, dotando-as de força vinculante.

1.5.2 O *prospective overruling* na tradição do *civil law*

Em alguns países da Europa Continental, filiados à tradição do *civil law*, especialmente nas últimas duas décadas, as questões referentes à aplicação da técnica da modulação temporal

¹⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 13.

¹⁷² *Ibid.*, p. 7.

¹⁷³ CAPONI, Remo. *Prospective overruling: bilancio di una vicenda*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 12, v. 19, n. 2, mai./ago. 2018, p. 177.

¹⁷⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 49.

¹⁷⁵ *Ibid.*, 105.

¹⁷⁶ De fato, para Bullock, as leis são apenas uma tentativa de criar o direito, processo que é complementado pelos juízes; o direito origina-se da cooperação entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, Bullock defende o poder criativo dos juízes ou o *judge-made law*. ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 43.

¹⁷⁷ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 167.

dos efeitos de decisões judiciais revogadoras de precedentes consolidados – conhecida no *common law* como *prospective overruling* – têm despertado algum interesse acadêmico, havendo posições as mais variadas sobre o tema.¹⁷⁸

Outrossim, no âmbito dos tribunais locais, tais questões já foram levadas a debate, não havendo, porém, uma posição uniforme sobre o tema nem mesmo dentro de cada país.

1.5.2.1 França

Como visto, em razão da proeminência absoluta da lei desde a Revolução Francesa, os precedentes não são considerados fontes do Direito na França. Com efeito, as decisões judiciais da *Cour de Cassation*, órgão de cúpula do Poder Judiciário francês, não são dotadas de eficácia vinculante.

Desse modo, a rigor, o termo precedente, na França, nunca significou uma decisão vinculante, pois os tribunais nunca estiveram vinculados a decisões anteriores.¹⁷⁹

Aliás, conforme salientam Michel Troper e Christophe Grzegorzczuk, a doutrina e a jurisprudência tradicionais consideram que, ao contrário, à luz do sistema jurídico francês – notadamente do art. 5º do Código Civil¹⁸⁰ e do art. 455 do Código de Processo Civil¹⁸¹ –, as decisões que tratam os precedentes como vinculantes são nulas.¹⁸² Outrossim, em virtude da interpretação dada ao art. 455 do CPC francês, as decisões que se limitam a invocar precedentes são consideradas não fundamentadas.¹⁸³

Além disso, ante a vedação expressa de que os juízes enunciem normas gerais ao decidir os casos concretos, contida no art. 5º do *Code Civil* – manifestação cristalina da rígida visão do

¹⁷⁸ Sobre um estudo detalhado dos precedentes, inclusive sobre a aplicação do *prospective overruling*, em diversos países Europeus, de *common law* e de *civil law* (como Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Espanha, Suécia, Holanda, Grécia, Portugal, Bélgica, Áustria), cf. MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997; STEINER, Eva (ed). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015; POPELIER, Patricia et al. (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.

¹⁷⁹ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 111.

¹⁸⁰ Art. 5º Os juízes estão proibidos de se pronunciar por disposições gerais e regulamentares sobre os casos que lhes são apresentados. ('Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises').

¹⁸¹ Art. 455. O julgamento deve expor sucintamente os pedidos das partes e seus argumentos. O julgamento deve ser motivado. Ele declara a decisão na forma de um dispositivo. ('Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Le jugement doit être motivé'. Il énonce la décision sous forme de dispositif').

¹⁸² TROPER; GRZEGORCZYK, op. cit., p. 115.

¹⁸³ Ibid., p. 115.

legislador sobre separação dos poderes e da função do Poder Judiciário –, decorre a negação do *judge-made law* no sistema jurídico francês.¹⁸⁴

Por esse motivo, até o século XX, nenhum tipo de *prospective overruling* era concebido no Direito francês.¹⁸⁵ Com efeito, na França, os *revirements de jurisprudence* da Corte de Cassação sempre foram aplicados retroativamente, no caso concreto em que se deu a mudança de entendimento e nas demais ações em curso, independentemente da data em que os fatos ocorreram ou em que os negócios jurídicos foram celebrados.¹⁸⁶

Contudo, explica Mireille Poirier, a partir do início do século XXI, a tradicional retroatividade dos *revirements de jurisprudence* tem sido objeto de acalorado debate acadêmico, político e judicial, razão pela qual, em 2004, Guy Canivet, então presidente da *Cour de Cassation*, requisitou a elaboração de um relatório sobre essas reversões de jurisprudência ao professor da Universidade de Paris Nicolas Molfessis.^{187 188}

O relatório, entregue pelo professor Molfessis, em novembro de 2004, apontou as “consequências nefastas” da retroatividade dos efeitos de decisões da *Cour* que implicam mudanças de jurisprudência, entre as quais ele destacou: a) a imprevisibilidade do Direito, na medida em que os litigantes não têm como prever um *revirement*; b) a injustiça resultante da retroação dos *revirements*; e c) o aumento do custo econômico-financeiro que pode advir da aplicação retrospectiva dos *revirements*.¹⁸⁹

Ao final, o relatório Molfessis recomendou que, em caráter excepcional, a *Cour de Cassation* limitasse os efeitos temporais de seus *revirements de jurisprudence* quando as guinadas de entendimento pudessem acarretar as consequências nefastas mencionadas.¹⁹⁰

¹⁸⁴ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 133.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 133.

¹⁸⁶ POIRIER, Mireille. À propôs des revirements de jurisprudence: cris et chuchotements. *Le Droit Ouvrier*, septembre, 2008, p. 457.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 457-458.

¹⁸⁸ De fato, segundo informações colhidas do site da *Cour de Cassation*, após a apresentação do relatório, começaram a surgir vozes favoráveis à modulação dos efeitos dos seus *revirements*. Cf.: V. Heuzé, *À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité*, JCP éd. G no 14, 6 avril 2005, I, 130; P. Morvan, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir: humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, D. 2005, p. 247; Ch. Radé, *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, D. 2005, p. 988; Th. Revet, *La légisprudence*, in *Liber amicorum. Mélanges Philippe Malaurie, Defrénois*, 2005, p. 377; X. Lagarde, *Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir*, in *La Création du droit par le juge*, tome 50, Dalloz, *Archives de philosophie du droit*, 2007, p. 77.

Disponível em: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2014_7040/livre_3_etude_temps_7047/droit_prise_7197/caractere_evolutif_7198/cour_cassation_31949.html. Acesso em 30 set. 2020.

¹⁸⁹ POIRIER, op. cit., p. 458.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 458.

Em outros termos, o relatório Molfessis concluiu que a *Cour* deveria modular os efeitos de suas reviravoltas jurisprudenciais, promovendo mudanças para o futuro (*revirements pour l'avenir*), sempre que fosse constatada uma clara desproporção entre as “vantagens da retroatividade normal e suas desvantagens no que diz respeito às expectativas legítimas dos litigantes”.¹⁹¹

Entretanto, Molfessis reconheceu existirem duas dificuldades à aplicação da técnica do *revirement pour l'avenir* sob a ótica do sistema jurídico e político francês.

A primeira, corolário do entendimento de que “o juiz que apresenta uma interpretação que não tem como razão última e direta a solução do caso excede os poderes que lhe foram confiados”, relacionada, assim, à compreensão da doutrina da separação dos poderes no país, implica abandonar a ideia de que o Poder Judiciário não cria Direito. A segunda dificuldade consiste no fato de a parte não se beneficiar da decisão quando a *Cour* modular os efeitos de seu *revirement*.¹⁹²

Destarte, o relatório Molfessis, procurando compatibilizar os fundamentos jurídicos, políticos e históricos sobre os quais se erigiu o moderno Estado de Direito francês, com a necessidade de atribuir tutela à confiança justificada dos cidadãos que pautaram suas condutas em conformidade com os entendimentos firmados nos acórdãos da *Cour*, defendeu que a regra geral deveria permanecer a mesma: a retroatividade das reversões de jurisprudência, sendo o *revirement pour l'avenir* adotado em situações excepcionais.¹⁹³

Cerca de dois anos após a entrega do relatório Molfessis, em 21 de dezembro de 2006, a assembleia plenária da *Cour de Cassation*, pela primeira vez em sua história, confirmando uma decisão de sua segunda câmara cível¹⁹⁴, realizou um *revirement pour l'avenir*, cujo fundamento principal adotado foi o direito ao justo processo, previsto no art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹⁹⁵

Nesse recurso¹⁹⁶, o plenário da *Cour* modulou os efeitos de um acórdão que restringiu o prazo de prescrição para ajuizamento de ações indenizatórias decorrentes de “violações ao princípio da presunção de inocência” perpetradas pela imprensa, de modo a não privar as

¹⁹¹ POIRIER, Mireille. À propôs des revirements de jurisprudence: cris et chuchotements. *Le Droit Ouvrier*, septembre, 2008, p. 464.

¹⁹² Ibid., p. 459.

¹⁹³ Ibid., p. 459.

¹⁹⁴ Cour Cass. 2^a Civ., 8 de julho de 2004, pourvoi (recurso) n° 01-10.426.

¹⁹⁵ POIRIER, op. cit., p. 459.

¹⁹⁶ Cour Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2006, pourvoi (recurso) n° 00-20.493.

vítimas das notícias divulgadas do direito a um processo justo, sob a vertente do acesso à justiça.¹⁹⁷

Depois desse *leading case*, a *Cour*, em pelo menos três outras situações¹⁹⁸, outorgou efeito prospectivo aos seus *revirements*, também com base na garantia do justo processo.¹⁹⁹

1.5.2.2 Itália

Conforme visto, a doutrina processual civil italiana clássica do fim do século XIX e da primeira metade do século XX, assim como parte da contemporânea, chancelou a teoria declaratória da jurisdição, o que conduziu, por inferência lógica, à impossibilidade de os tribunais locais, inclusive a *Corte di Cassazione*, modularem os efeitos de suas decisões promotoras de *mutamenti de giurisprudenza*.

Essa concepção de jurisdição, deitada sob um rígido dogma da separação dos poderes, predominou também no âmbito jurisprudencial ao longo século XX naquele país.

Nada obstante, a partir do final da década de 2000, a Corte de Cassação proferiu uma série de acórdãos por meio dos quais modificou interpretações jurisprudenciais bastante consolidadas envolvendo, sobretudo, o direito processual civil, fazendo-o, via de regra, para adequar a interpretação da legislação processual ao princípio da *ragionevole durata del processo*, o que acendeu uma viva discussão na doutrina.^{200 201}

¹⁹⁷ Disponível em: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2014_7040/livre_3_etude_temps_7047/droit_prise_7197/caractere_evolutif_7198/cour_cassation_31949.html. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁹⁸ Cour Cass., 13 novembre 2007, pourvoi (recurso) n° 05-13.2482; 26 octobre 2010, pourvoi (recurso) n° 09-68.928; 28 mars 2012, pourvoi (recurso) n° 10-28.032.

¹⁹⁹ Disponível em: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2014_7040/livre_3_etude_temps_7047/droit_prise_7197/caractere_evolutif_7198/cour_cassation_31949.html. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁰⁰ COMOGLIO, Paolo. Minime riflessioni di ordine sistematico in tema de perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editor, anno LXVII, 2013, p. 527.

²⁰¹ Como exemplo “dos problemas da mudança de jurisprudência em relação a disposições processuais”, Giovanni Verde cita os seguintes casos apreciados pela Corte de Cassação: “a) in relazione alla impugnazione del provvedimento di liquidazione delle competenze al c.t.u. (Cass., Sez. un., 3 settembre 2009, n. 19161); b) all’ammissibilità dei ricorsi per motivi attinenti alla giurisdizione, quando la questione no sai stata proposta in apelo (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883); c) alla tempestività della notificazione non andata a buon fine (Cass., sez. lav. 25 febbraio 2011, n. 4678); d) all’improcedibilità dell’opposizione a decreto ingiuntivo per tardiva costituzione dell’opponente (Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246); e) alla forma della domanda con cui si chiede l’annullamento di una deliberazione condominiale (Cass., sez. un. 14 aprile 2011, n. 8491); f) alla decorrenza del termine per l’iscrizione a ruolo della causa quando la citazione sai notificata a più convenuti (Cass., sez. un. 18 maggio 2011, n. 10864); g) alla decorrenza del termine breve per l’impugnazione delle sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado, decorrente dalla notifica della copia integrale del dispositivo, indipendentemente dalla registrazione della sentenza stessa (Cas., sez. un., 30 marzo 2010, n. 7607)”. VERDE, Giovanni. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpelove. *Rivista di Diritto Processuale*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, anno LXVII, n. 1, gennaio/febbraio, 2012, p. 13-14. Há que se mencionar, ainda, as decisões referentes à ‘improcedibilità del ricorso per cassazione in assenza di deposito della copia della sentenza

Como não poderia deixar de ser, o principal ponto de debate, jurisprudencial e acadêmico, que se estabeleceu em torno dessas reviravoltas jurisprudenciais, residia justamente na possibilidade ou não de a Corte de Cassação modular os efeitos de seus *mutamenti di giurisprudenza*. Em outros termos, discutia-se se a *Cassazione*, à luz do princípio da separação dos poderes, estava investida de autoridade para limitar a retroatividade de seus *mutamenti* ou mesmo de lhes atribuir efeitos prospectivos.

A discussão é deveras importante, considerando que “il mutamento di giurisprudenza mette in gioco il diritto di una parte di agire o di proseguire il giudizio”²⁰², pois a mudança, na prática, pode repercutir diretamente em garantias processuais fundamentais das partes, como o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, corolários do *giusto processo*, restringindo-as indevidamente.

O argumento fundamental, frequentemente invocado pela Corte e pela doutrina, para justificar a preservação dos atos processuais praticados sob o império da orientação pretoriana consolidada, posteriormente abandonada, é a necessidade de tutela da confiança justificada (*affidamento incolpevole*) da parte que agiu de boa-fé em juízo, em conformidade com o entendimento até então pacificado na jurisprudência.²⁰³

A solução encontrada pela Corte de Cassação para salvaguardar a confiança das partes, evitando que atos processuais perfeitos e acabados e direitos processuais adquiridos fossem retroativamente atingidos, oscilou entre a aplicação do instituto da *rimessione in termini*²⁰⁴, positivado no Código de Processo Civil italiano, em seus arts. 153, §2º, e 294, §§2º e 3º, e a incidência direta do princípio constitucional do *giusto processo*²⁰⁵, estampado no art. 111 da

impugnata (Cas., 16 aprile 2009, n. 9005) e à ‘sindicabilità del provvedimento di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo’ (Cas., 23 febbraio 2010, n. 4309). COMOGLIO, Paolo, op. cit., p. 527.

²⁰² CAPONI, Remo. Prospective overruling: bilancio di una vicenda. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 12, v. 19, n. 2, mai./ago. 2018, p. 180.

²⁰³ COSTANTINO, Giorgio. Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI, n. 5, 2011, p. 1089-1091; COMOGLIO, Paolo. Minime riflessioni di ordine sistematico in tema de perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXVII, 2013, p. 528.

²⁰⁴ v.g. Cass., sez. un., 3 settembre 2009, n. 19161: “in relazione alla impugnazione del provvedimento di liquidazione delle competenze al c.t.u.”; Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246: “improcedibilità dell’opposizione a decreto ingiuntivo per tardiva costituzione dell’opponente”; Cass., sez. un. 14 aprile 2011, n. 8491: forma della domanda con cui si chiede l’annullamento di una deliberazione condominiale; Cas., sez. un., 30 marzo 2010, n. 7607: “alla decorrenza del termine breve per l’impugnazione delle sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado, decorrente dalla notifica della copia integrale del dispositivo, indipendentemente dalla registrazione della sentenza stessa”.

A *rimessione in termini* (espécie de “restituição” dos prazos processuais) é um instituto que permite a preservação de atos processuais fundada no erro justificado, cuja aplicação, contudo, não se limita a questões ligadas à tempestividade, mas também às formas que de devem se revestir os atos processuais.

²⁰⁵ Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15145.

Constituição, que prescreve que “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”.²⁰⁶

As diferentes soluções jurídicas empregadas pela Corte para salvaguardar os atos processuais praticados em conformidade com uma anterior interpretação, ulteriormente superada, podem ser bem exemplificadas por dois acórdãos que tratavam de casos análogos relativos à tempestividade de manifestações processuais das partes.

Em ambos os casos, ao se aplicar a teoria clássica da jurisdição, dada a inevitável retroatividade da nova norma processual interpretativa, a mudança de jurisprudência resultaria na inadmissão *ipso iure* de diversos recursos – que haviam sido interpostos dentro do prazo, segundo a antiga interpretação jurisprudencial dos dispositivos legais aplicáveis – por intempestividade, a implicar a preclusão da faculdade de praticar atos processuais e, por conseguinte, afetando o adequado exercício do contraditório e da ampla defesa.

Na *sentenza* n. 19.246, proferida em 9 de setembro de 2010, a Corte de Cassação debruçou-se sobre a questão relativa “all’improcedibilità dell’opposizione a decreto ingiuntivo per tardiva costituzione dell’opponente”, em vista do *mutamento* que fez quanto à interpretação do art. 645, §2º, do CPC italiano, que culminou em reduzir pela metade o prazo de impugnação da ação monitória.

A Corte, nesse acórdão, entendeu que o instituto da *rimessione in termini* – que tem como fundamento a ideia de escusabilidade do erro – era a ferramenta jurídico-processual adequada para tutelar a confiança daqueles que apresentaram impugnação (defesa) dentro do prazo estabelecido à luz da antiga jurisprudência, então revogada, relevando a sua intempestividade ou, na expressão de Giovanni Verde, sanando retroativamente um ato intempestivo.²⁰⁷

No segundo caso, julgado menos de um ano depois, o cerne da controvérsia levada à Corte de Cassação consistia em aferir a tempestividade de um recurso interposto contra uma decisão do *Tribunale delle Acque Pubbliche*, tendo em vista um recente *overruling* que realizara por ocasião da prolação da *sentenza* n. 7.607 (2010), em que “mutando la giurisprudenza in tema di interpretazione del combinato disposto degli artt. 183, 189 e 202 T.U del 1933 sulle acque pubbliche”, o tribunal “ha ricollegato alla notificazione della copia integrale del

²⁰⁶ A tendência atual da Corte de Cassação inclina-se mais a promover a tutela da confiança por meio da *rimessione in termini*, entendimento que é encampado por boa parte da *dottrina*. Nesse sentido, cf. COMOGLIO, op. cit., p. 529-530; VERDE, Giovanni. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpelove. *Rivista di Diritto Processuale*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, anno LXVII, n. 1, gennaio/febbraio, 2012, p.13-14; PUNZI, Carmine. Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d’interpretazione di norme processuali. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI, n. 6, 2011, p.1353-1354.

²⁰⁷ VERDE, op. cit., p. 12.

dispositivo della sentenza del tribunale delle acque, indipendentemente dalla previa registrazione della sentenza, la decorrenza del termine breve di impugnazione”.²⁰⁸

Na *sentenza* n. 15.144, proferida em 11 de julho de 2011, a Corte de Cassação ratificou a nova interpretação conferida à legislação processual e, mediante aplicação direta da garantia do *giusto processo*²⁰⁹, modulou os efeitos da nova norma pretoriana (*ratio decidendi*) estabelecida na *sentenza* n. 7.607, excluindo a eficácia retroativa desse novo precedente. Por conseguinte, a *Cassazione* afastou a preclusão temporal, considerando tempestivo o recurso interposto sob a égide da interpretação pretérita. Destarte, a Corte de Cassação considerou o suprimento da intempestividade do recurso um efeito automático derivado do caráter não retroativo da nova interpretação.²¹⁰

Segundo Remo Caponi, nesse emblemático julgamento, a Corte de Cassação examinou, passo a passo, todos os aspectos fundamentais relacionados à mudança de jurisprudência consolidada sobre a interpretação de um preceito legal processual.²¹¹ Nesse acórdão, diz Verde, a *Cassazione* cunhou uma diferença entre “interpretação evolutiva” e “interpretação corretiva”, reconheceu a existência de um ‘paralelismo inalterável’ entre as leis e a jurisprudência retroativas alicerçado no princípio da razoabilidade, além de estabelecer fundamentos diferentes para tutelar a confiança justificada das partes em situações decorrentes dos *mutamenti*, envolvendo questionamentos quanto à forma (modo de ser) e quanto ao *tempo* (prazo) dos atos processuais: para sanar defeitos formais, a *rimessione in termini* (arts. 153, § 2º e 294, §§ 2º e 3º); para relevar ou desconsiderar a preclusão temporal, o *giusto processo* (art. 111 da Constituição).²¹²

²⁰⁸ RUFFINI, Giuseppe. Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e giusto processo. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 6, 2011, p. 1395.

²⁰⁹ Mais especificamente pela incidência do princípio do contraditório.

²¹⁰ VERDE, Giovanni. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpelove. *Rivista di Diritto Processuale*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, anno LXVII, n. 1, gennaio/febbraio, 2012, p. 12-13. Entretanto, Verde critica duramente a decisão da *Cassazione*. Para ele, a proteção da confiança justificada deve ser resolvida apenas pela aplicação do instituto da *rimessione in termini*, que confere às partes tutela contra o erro justificado, e não pelo reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito e, por conseguinte, da irretroatividade das mudanças de entendimento. *Ibid.*, p. 13-14. Ele argui que as tentativas de justificar a irretroatividade das mudanças de jurisprudência colidem com o obstáculo da ausência de poder do juiz para atuar sobre o texto da lei. *Ibid.*, p. 10.

²¹¹ CAPONI, Remo. Prospective overruling: bilancio di una vicenda. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 12, v. 19, n. 2, mai./ago. 2018, p. 175. Na visão de Caponi, o principal impacto prático da sentença decorreu de duas constatações deduzidas pela Corte: a) que são exatamente as peculiaridades do *overruling* que, por sua própria excepcionalidade, justificam uma cisão entre o fato (comportamento da parte) e o efeito preclusivo, que deve derivar dela; e b) que o princípio constitucional do justo processo pode atuar diretamente para afastar a intempestividade decorrente uma nova interpretação fruto de um *overruling*. *Ibid.*, p. 175-176.

²¹² VERDE, Giovanni, op. cit., p. 12.

Outrossim, a doutrina repousa no *giusto processo* o fundamento para justificar a modulação dos efeitos dos *mutamenti* que alteram regras processuais referentes à jurisdição e competência, sendo inaplicável a *rimessione in termini*.²¹³

A tutela da confiança justificada nessas hipóteses deve ser igualmente assegurada pela preservação dos efeitos dos atos processuais praticados por juiz posteriormente considerado incompetente ou, até mesmo, pela manutenção do trâmite do processo perante o juízo originalmente competente, adotando como base analógica o princípio da *perpetuatio iurisdictionis*, positivado no art. 5º do CPC italiano.²¹⁴

Por fim, cabe ressaltar que, conforme esclarece Giovanni Verde, para a Corte de Cassação italiana, a confiança somente é justificada quando os atos processuais são praticados em conformidade com entendimentos uniformes e consolidados, que são modificados em um segundo momento.²¹⁵ Se, ao contrário, quando da prática dos atos processuais, havia divergência jurisprudencial no tribunal quanto à forma ou ao tempo de praticá-los, não se configura a confiança justificada, não sendo possível, *v.g.*, vindicar a aplicação do instituto da *rimessione in termini*.²¹⁶

Com efeito, havendo uma corrente jurisprudencial manifestamente dominante na Corte de Cassação, mas que, contudo, não é pacífica e consolidada, a Corte de Cassação entende que o “princípio da prudência” demanda que as partes se ajustem à interpretação mais rigorosa ou restritiva, ainda que essa seja a encampada pela corrente jurisprudencial minoritária, sob pena de fazer uma escolha imprudente que não merece tutela.²¹⁷

1.5.2.3 Alemanha

Segundo Robert Alexy, Kiel Dreier e Ralf Dreier, as decisões judiciais não são

²¹³ COMOGLIO, Paolo. Minime riflessioni di ordine sistematico in tema de *perpetuatio iurisdictionis*, *tempus regit actum* e *overruling* processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXVII, 2013, p. 539-540.

²¹⁴ Quanto à aplicação analógica do princípio da *perpetuatio* nos casos decorrentes de mudanças jurisprudenciais, Comoglio - ao que parece, excessivamente apegado ao texto do art. 5º do CPC, que fala em mudanças posteriores na *lei* - aponta dificuldades na sua aplicação no direito italiano. Cf. COMOGLIO, Paolo. Minime riflessioni di ordine sistematico in tema de *perpetuatio iurisdictionis*, *tempus regit actum* e *overruling* processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXVII, 2013, p. 534-535.

²¹⁵ VERDE, Giovanni. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpelove. *Rivista di Diritto Processuale*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, anno LXVII, n. 1, gennaio/febbraio 2012, p. 16.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 16.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 16. No mesmo sentido, Giorgio Costantino refere-se ao “*dovere di precauzione necessario al cospetto di divergenti interpretazioni*”. COSTANTINO, Giorgio. Il principio di affidamento tra *fuidità delle regole* e *certezza del diritto*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI, n. 5, 2011, 1090.

Verde cita, como exemplos, as seguintes *sentenze*: Cass. 7 febbraio 2011, n. 3.030; Cass. 22 marzo 2011, n. 6.514; Cass. 25 febbraio 2011, n. 1.462; Cass. 1.462/2010.

consideradas fontes do Direito, nem na perspectiva jusnaturalista da Escola Histórica do Direito, de Savigny, nem nas teorias positivistas.²¹⁸

Por conseguinte, os precedentes não possuem eficácia normativa vinculante, não havendo uma regra positivadora do *stare decisis*. Não obstante, os tribunais inferiores e as autoridades administrativas costumam aplicá-los “de modo semelhante ao qual aplicam as leis”²¹⁹, o que denota, ao menos, uma grande força moral ou persuasiva desses precedentes.²²⁰

Com efeito, historicamente, na Alemanha, de forma semelhante aos demais países europeus da tradição do *civil law*, predominou a concepção doutrinária e jurisprudencial – ressalvadas algumas importantes vozes dissonantes, como de Oscar Bulow (*Gesetz und Richteramt*, 1885) e de Heinrich Thöl (*Das Handelsrecht*, 1895) – de que a jurisdição é atividade meramente declaratória.²²¹

Desse modo, a técnica de modulação dos efeitos de decisões promotoras de *reversals*, até o final do século passado, nunca foi empregada pelos tribunais alemães²²², a despeito de alguns tribunais superiores alemães já terem considerado, em casos envolvendo o direito civil, a possibilidade de limitação da retroatividade dos efeitos de suas alterações de entendimento, em prol da proteção da confiança.²²³

1.5.2.4 Holanda

Na Holanda, a regra geral também é a retroatividade dos efeitos das decisões judiciais mesmo quando se trata de superação de entendimentos judiciais consolidados.

Contudo, conforme assinalam Hans Gribnau e Allard Lubbers, a divisão tributária da Suprema Corte holandesa (*Tax Division Court*), a partir da década de 1990, proferiu algumas

²¹⁸ ALEXY, Robert; DREIER, Kiel; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 41-43.

²¹⁹ Ibid., p. 26-27; ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. Quieta movere: interpretative change in a codified system. In: CANE, Peter; STAPLETON, Jane (orgs.). *The law of obligations*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 298.

²²⁰ Só gozam de eficácia vinculante (*ex tunc e erga omnes*) as decisões do Tribunal Constitucional alemão, que, contudo, não é órgão formalmente integrante do Poder Judiciário, que tem competência privativa para exercer o controle de constitucionalidade das leis. SCHROEDER, Werner. Temporal effects of Decisions of the German Federal Constitutional Court. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 21

²²¹ ALEXY; DREIER; DREIER, op. cit., p. 42-43. Os autores salientam que Bulow, na última frase de sua obra, frequentemente citada pela doutrina, assevera que “não a lei, mas a lei e o juiz juntos criam o seu direito para o povo” (‘denn nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volke sein Recht’; ‘not statutes, but statutes and the judge together create their laws for the people’). Ibid., p. 43.

²²² Ibid., p. 57-58.

²²³ ZIMMERMANN; JANSEN, op. cit., p. 307-311.

decisões²²⁴ em que adotou variadas medidas de transição (*transition measures*) para limitar os efeitos temporais de mudanças jurisprudenciais realizadas em desfavor dos contribuintes.²²⁵

Segundo Gribnau e Lubbers, as medidas de transição aplicadas pela Suprema Corte nesses julgados foram de três espécies: a) *prospective overruling*, em que o regime jurídico antigo, estatuído pelo tribunal, continuou a regular as situações jurídicas anteriores; b) esquemas de transição (*transition schemes*) e esquema de eliminação progressiva (*phase-out schemes*), em que os efeitos do novo precedente foram parcialmente aplicáveis aos casos pretéritos (retroação parcial); e c) esquemas opcionais (*optional schemes*), em que o tribunal facultou aos contribuintes optar pelo antigo ou pelo novo regime.²²⁶

Ilustrativamente, na decisão nº 27.563, de 13 de novembro de 1991, a *Tax Division of the Dutch Supreme Court* abandonou expressamente um entendimento consolidado há décadas nas decisões nº 7.621, de 10 de março de 1943, e nº 177, de 10 de junho de 1970.

Não obstante, a corte ponderou que as condutas praticadas com base no entendimento consolidado nos precedentes de 1943 e 1970 consistiam, à época em que encetadas, em uma “boa prática comercial”, tendo os contribuintes agido em conformidade com a confiança depositada naquela decisão. Por essa razão, o novo regime jurídico tributário, introduzido pela decisão de 1991, não deveria ser aplicado em relação aos atos realizados sob a égide dos precedentes revogados.²²⁷

Por conseguinte, invocando expressamente a necessidade de proteção à confiança justificada, a corte modulou os efeitos desse seu novo precedente, de modo a impedir a retroatividade de sua nova *ratio* em prejuízo dos contribuintes de boa-fé.

1.6 O PROSPECTIVE OVERRULING NO DIREITO COMUNITÁRIO

Nos casos dos tribunais internacionais, a questão atinente à possibilidade de limitação da retroatividade dos efeitos das decisões judiciais promotoras de *overrulings* pode ser encarada não apenas sob a perspectiva da mudança de entendimento levada a efeito no âmbito da própria corte internacional, mas também daquela realizada no âmbito das jurisdições domésticas por seus tribunais supremos.

²²⁴ HR 13 November 1991, nº 27563, BNB 1992/109; HR 18 December 1991, nº 26674, BNB 1992/181; HR 28 June 2000, nº 34169, BNB 2000/275.

²²⁵ GRIBNAU, Hans; LUBBERS, Allard. The temporal effect of Dutch tax court decisions. In: POPELIER, Patricia et al. (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 192.

²²⁶ Ibid., p. 192.

²²⁷ Ibid., p. 192-193.

1.6.1 Tribunal de Justiça da União Europeia

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem por função interpretar e aplicar as regras do Direito Comunitário europeu, sejam as decorrentes de tratados internacionais, sejam as editadas pelo Parlamento Europeu.

A partir de sua perspectiva sobre a atividade jurisdicional que desempenha, o Tribunal afirma que não cria o Direito Comunitário, apenas revela o seu significado, de sorte que seus julgamentos possuem efeito retroativo automático até a data da edição da regra interpretada.²²⁸

Destarte, ao menos em relação aos casos domésticos não transitados em julgado, os tribunais dos Estados membros – bem como as demais autoridades públicas locais – têm o dever de aplicar o Direito Comunitário conforme interpretado pela TJUE, independentemente de se tratar de uma primeira interpretação ou de uma modificação de entendimento.²²⁹

Apesar de predominar no TJUE o entendimento de que suas decisões não criam Direito, a corte lavrou precedentes em que limitou a retroatividade de suas decisões, tendo reconhecido, em alguns deles, seu poder criativo. Entretanto – é importante frisar –, esses casos, a rigor, geralmente não envolvem a aplicação da técnica do *prospective overruling*, mas sim a restrição da eficácia retroativa de uma primeira decisão sobre determinada questão controvertida.

O *leading case* na matéria foi *Defrenne v. Sabena*²³⁰, julgado em 1976. Esse processo envolvia a interpretação do art. 119 do Tratado da Comunidade Europeia, que assegurava o direito à igualdade salarial para homens e mulheres em trabalhos iguais.

Gabrielle Defrenne era comissária de bordo da companhia aérea belga Sabena. Segundo a legislação local da época, as comissárias de bordo eram obrigadas a se aposentar aos quarenta anos, diversamente dos seus colegas homens. Defrenne, compelida a se aposentar em 1968, argumentou que o baixo valor de seus proventos, decorrente de sua aposentadoria compulsória precoce, era fruto de atitude discriminatória que violava o art. 119 do Tratado da Comunidade Europeia.

Na Justiça de seu país, Defrenne não obteve êxito em seu pleito. O caso foi, então, submetido à TJUE, que decidiu que a regra estatuída no art. 119 do Tratado da Comunidade Europeia goza de eficácia vertical e horizontal, sendo, pois, aplicável tanto nas relações entre os Estados membros e seus cidadãos e empresas quanto nas relações particulares desses últimos,

²²⁸ LANG, Michael. Limitation of temporal effects of CJEU judgements: Mission impossible for Governments of EU Member States. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 245.

²²⁹ *Ibid.*, p. 245.

²³⁰ Case 43-75 *Defrenne v. Sabena* [1976] ECR 455.

e que a Bélgica e a empresa Sabena haviam violado esse dispositivo, gerando situação indevida de discriminação.

Todavia, valendo-se de argumentos pragmáticos, invocando a confiança justificada da empresa na legislação belga e a necessidade de se evitar um grave estado de insegurança jurídica, que poderia conduzir à falência de diversas companhias, o TJUE limitou a eficácia retroativa de sua interpretação a fim de alcançar apenas as ações por discriminação já propostas na data da decisão e as decorrentes de atos discriminatórios posteriores a ela.²³¹

Portanto, as mulheres que foram vítimas de discriminação no trabalho antes da decisão em *Defrenne*, e que ainda não haviam ajuizado suas ações quando da decisão da TJUE, não fizeram jus à indenização.

Outrossim, o TJUE consignou, em *Defrenne*, que a limitação dos efeitos de suas decisões judiciais somente deveria ocorrer em situações excepcionais, funcionando como um “freio de emergência”.²³²

Posteriormente, em outros *case law*, abordando, *v.g.*, controvérsias relativas à tributação e ao orçamento público, o TJUE também modulou os efeitos de suas decisões, restringindo, de alguma maneira, a eficácia retroativa da norma interpretativa exarada na fundamentação de seus arestos.²³³ A justificativa para a modulação, na maioria das vezes, repousou no princípio da segurança jurídica – mais especificamente na boa-fé objetiva e na proteção da confiança justificada – e em aspectos pragmáticos, como sérias repercussões econômicas que poderiam advir da plena aplicação de determinadas decisões proferidas pela corte.

Por fim, é oportuno registrar que, no que tange ao tempo e ao modo apropriados para requerer a modulação, o TJUE, em 2007, em *Meilicke*²³⁴, deixou claro que pedidos dessa natureza somente podem ser conhecidos se formulados no bojo do processo em que a controvérsia é decidida pela primeira vez, ficando o Tribunal, por força da preclusão, proibido de restringir a retroatividade de suas decisões em julgamentos posteriores.²³⁵

De outro lado, com relação à amplitude territorial dos efeitos das suas decisões modulatórias, ficou subentendido, em *Meilicke*, que os efeitos temporais dos precedentes do

²³¹ BARCELÓ, John J. Precedent in European Community Law. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Dartmouth, 1997, p. 432.

²³² LANG, Michael. Limitation of temporal effects of CJEU judgements: Mission impossible for Governments of EU Member States. In: POPELIER, Patricia *et al* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 246.

²³³ Citando outros casos em que o TJUE expressamente limitou a retroatividade dos efeitos de suas decisões, cf. LANG, Michael. Limitation of temporal effects of CJEU judgements: Mission impossible for Governments of EU Member States. In: POPELIER, Patricia *et al* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 252-253.

²³⁴ *Case C-292/04, Meilicke [2007] ECR I-1872*.

²³⁵ LANG, *op. cit.*, p. 256.

TJUE deveriam ser os mesmos para todos os Estados membros da União Europeia, assegurando-se a sua aplicação uniforme no âmbito da comunidade europeia.²³⁶

1.6.2 Corte Europeia de Direitos Humanos

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, na visão da Corte de Strasbourg, funciona como um instrumento vivo, que precisa ser interpretado à luz das condições atuais.²³⁷

Patricia Popelier afirma que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), geralmente, justifica seus *reversals* com base no argumento pragmático de que a jurisprudência – às vezes consolidada há muitos anos – não é mais satisfatória diante das novas contingências decorrentes da evolução da sociedade. As mudanças de jurisprudência são explicadas como uma necessidade de readequação a uma nova realidade, fruto do desenvolvimento social, econômico ou tecnológico, que moldam os valores da comunidade europeia em dado momento.²³⁸

Nada obstante, em algumas situações, sobretudo quando não decorreu significativo intervalo entre a prolação das decisões revogada e revogadora – não sendo possível invocar a evolução social como fundamento para a mudança –, a CEDH busca justificar seus *reversals* na necessidade de afastar “efeitos indesejados da jurisprudência antiga”.²³⁹

Em ambas as situações, a CEDH costuma atribuir efeitos retroativos às suas decisões judiciais que abandonam seus precedentes, a despeito dos pedidos de modulação formulados pelos Estados. Isso decorre da compreensão de que seus julgamentos são, por natureza, meramente declaratórios, isto é, de que as interpretações que confere à Convenção Europeia de Direitos Humanos produzem efeitos desde a entrada em vigor das normas comunitárias positivadas interpretadas, sendo aplicáveis a todos os fatos anteriores ao julgamento, quer se trate de um precedente originário (*first impression decision*) ou de um *reversal* em sua jurisprudência.²⁴⁰

²³⁶ LANG, Michael. Limitation of temporal effects of CJEU judgements: Mission impossible for Governments of EU Member States. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 256.

²³⁷ POPELIER, Patricia. The European Court of Human Rights’ approach to retrospective judicial reversals. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 277.

²³⁸ *Ibid.*, p. 277.

²³⁹ *Ibid.*, p. 278.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 280.

Além disso, também milita em favor da atribuição de eficácia retroativa aos *overruling* o argumento de que as mudanças de entendimento tendem a ocorrer com a finalidade de aperfeiçoar o sistema europeu de proteção dos direitos humanos.²⁴¹

Segundo Popelier, há, entretanto, um precedente em que a CEDH se afastou de sua compreensão tradicional sobre a natureza declaratória de seus arestos e explicitamente modulou os efeitos de uma decisão promotora de *overruling*.

Em *Marckx v. Belgium*²⁴², julgado em 1979, a Corte de Strasbourg entendeu que a legislação belga que conferia tratamento diferenciado entre filhos legítimos e ilegítimos era, em abstrato, incompatível com a Convenção. O Tribunal esclareceu que a sua nova jurisprudência, em formação naquele momento, que condenava a distinção de tratamento entre filhos havidos dentro e fora do casamento, foi o resultado de uma lenta evolução na interpretação da Convenção.

A CEDH, então, invocou o princípio da segurança jurídica para justificar a modulação dos efeitos de seu novo precedente, de modo a impedir que o Estado belga reanalisasse (ou permitisse a reanálise) situações consolidadas antes do julgamento de *Marckx*, tendo determinado que a sua decisão produziria efeitos “para além dos limites desse caso concreto”.²⁴³

Apesar de atribuir importância à necessidade de tutela da previsibilidade em relação às leis e à jurisprudência, a CEDH, via de regra, não demonstra preocupação em limitar os efeitos dos *reversals* feitos pelas jurisdições domésticas, quando a nova interpretação da legislação local incrementa a proteção aos direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ou seja, quando a nova norma do tribunal nacional é mais benéfica aos cidadãos.

Nada obstante, a Corte de Strasbourg parece um pouco mais inclinada a limitar, em caráter excepcional, a retroatividade de *reversals* promovidos pelos tribunais superiores dos Estados membros, que de alguma forma afrontam normas da Convenção, restringindo a aplicação do novo entendimento firmado na jurisdição doméstica para situações futuras.²⁴⁴

A limitação da retroatividade, em tais situações, já foi determinada em controvérsias de natureza processual²⁴⁵, relativas ao direito de acesso à justiça, e criminal²⁴⁶, concernentes ao

²⁴¹ POPELIER, Patricia. The European Court of Human Rights’ approach to retrospective judicial reversals. In: POPELIER, Patricia *et al* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 281.

²⁴² *Marckx v. Belgium* (App. n. 6833/74) A 31.

²⁴³ POPELIER, *et al*, op. cit., p. 281.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 283-284.

²⁴⁵ Cf. *Di Sante v. Italy* (App n. 56079/00) 24 June 2004; *Cocchiarella v. Italy* (App n. 64886) 10 November 2004.

²⁴⁶ *Del Rio Prada v. Spain* (App n. 42750/09) 10 July 2012.

princípio da não retroatividade da norma penal mais gravosa, apreciadas a partir da década de 2000.

A título de ilustração, em *Del Rio Prada v. Spain*²⁴⁷, julgado em 2012, a Corte de Strasbourg entendeu que a aplicação retroativa de um novo entendimento firmado pela Suprema Corte da Espanha, referente à forma de cálculo da redução da pena – que, na prática, implicou substancial aumento da duração das prisões dos condenados – violava o art. 7º da Convenção, que veda a retroatividade da norma penal mais gravosa.²⁴⁸

A CEDH também endossou o argumento de que, a despeito de não ser ilegal, a adoção de uma nova metodologia de apuração da pena, oriunda da mudança de entendimento do tribunal espanhol, não poderia ter sido prevista pelos condenados, tendo encampado o princípio da proteção da confiança justificada como fundamento legitimador da limitação dos efeitos do *reversal* realizado pela Espanha.²⁴⁹

1.7 CONCLUSÃO

Como se viu, tanto em países da tradição do *common law* quanto da do *civil law*, a controvérsia acerca da natureza da atividade jurisdicional – se meramente declaratória ou constitutiva – é bastante antiga, sendo possível afirmar que, na realidade, em nenhum momento histórico, mormente desde a ascensão do Estado de Direito liberal, houve um seguro consenso sobre o tema.

Com maior ou menor intensidade, ao longo da história recente, ora predominou a teoria declaratória da jurisdição, com toda a sua carga retroativa, ora a teoria constitutiva, mitigando ou eliminando, em certos casos, a eficácia retro-operante de determinadas decisões judiciais, qualificadas como precedentes.

Aliás, ao contrário do que muitos imaginam, nem mesmo na Inglaterra, berço do *common law*, onde o direito jurisprudencial sempre gozou de significativa importância no ordenamento jurídico inglês, obteve-se consenso sobre a natureza jurídica dos precedentes judiciais e, por conseguinte, de seus efeitos em casos de *overrulings*.

A visão comumente difundida de que os precedentes judiciais sempre foram considerados fontes primárias do Direito inglês é equivocada. Ao fim e ao cabo, a teoria declaratória da jurisdição, de base filosófica jusnaturalista, desde quando sistematizada e

²⁴⁷ *Del Rio Prada v. Spain* (App n. 42750/09) 10 July 2012.

²⁴⁸ POPELIER, Patricia. The European Court of Human Rights' approach to retrospective judicial reversals. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 283.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 283.

amplamente difundida pelos *Commentaries* de William Blackstone, preponderou desde o século XVIII até os dias presentes.

Mesmo após a vigorosa ascensão do positivismo jurídico inglês no século XIX, que contestou com veemência a doutrina blackstoniana, como demonstram os escritos de Bentham e Austin – e que culminou no estabelecimento da doutrina do precedente fortemente vinculante pela *House of Lords*, em vigor de 1898 até a edição do *Practice Statement* em 1966 –, os juízes, ante o temor de serem acusados de legislar indevidamente, não quiseram se arriscar a proclamar abertamente que os seus precedentes eram fontes criadoras do Direito, dotados de força vinculante.

Na Inglaterra, destarte, a *House of Lords* findou por adotar uma posição ambivalente, flutuante e, portanto, contraditória, com relação à natureza e os efeitos de seus precedentes.

Notadamente nos casos em que promovia um *overruling*, ao mesmo tempo em que não mais detinha condições de ocultar que havia promovido uma mudança efetiva no Direito (criando direito novo), a *House* apoiava-se na teoria declaratória para justificar a aplicação retroativa de novas regras pretorianas a fatos ocorridos antes de sua edição, esquivando-se, dessa forma, da acusação de usurpação da função do legislador.

Desse modo, no respeito à doutrina da separação dos poderes assenta-se o fundamento para a *House of Lords* jamais haver empregado a técnica do *prospective overruling*, malgrado já tenha reconhecido, em tese, a possibilidade de fazê-lo desde o julgamento de *Westminster Bank Plc v. Re Spectrum Plus Limited*, ocorrido em 2005.

À vista do estudo de casos empreendido, pode-se afirmar que, historicamente, também nos Estados Unidos, a teoria declaratória da jurisdição predominou desde o advento da Constituição de 1787.²⁵⁰

Não obstante, o fato de o país, desde a sua fundação, possuir uma Constituição escrita, recheada de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, como o do *due process of law* (cuja concentração do sentido e do alcance sempre dependeram da interpretação judicial), e a ascensão da doutrina do realismo jurídico (preocupada com as consequências práticas das decisões tomadas pelos tribunais) foram os motivos determinantes para que os Estados Unidos tenham sido os pioneiros no emprego da técnica do *prospective overruling* desde meados do século XIX²⁵¹, a fim de mitigar as injustiças e a insegurança jurídica advindas da atribuição de

²⁵⁰ Criticando, com ironia, a aceitação da teoria declaratória nos Estados Unidos, cf. TRAYNOR, Roger. *Quo Vadis, prospective overruling: a question of judicial responsibility*. 50 *Hastings L. J.* 771, 1998-1999, p. 773.

²⁵¹ *Rowan v. Runnels*. 46 U.S. 5 How. 134 (1847).

efeitos retroativos às declarações de inconstitucionalidade e aos *overrulings* promovidos pela Suprema Corte e pelas Supremas Cortes estaduais.

Em particular, as sucessivas decisões da Suprema Corte norte-americana, anteriormente mencionadas, demonstram que o emprego da técnica modulatória dos efeitos das decisões promotoras de reviravoltas jurisprudenciais sempre foi a exceção, e não a regra, mesmo após a Suprema Corte ter expressamente reconhecido a sua compatibilidade com a Constituição de 1787, no *leading case* firmado em *Sunburst*, em 1932 e, ainda, ter procurado fixar critérios objetivos para orientar a aplicação dessa técnica mediante a elaboração do teste dos três fatores no precedente firmado no caso *Chevron Oil Co.*²⁵²

Contudo, desde o final da última década do século XX, a Suprema Corte, guiada por um viés mais conservador, igualmente orientado por uma visão mais restritiva do papel do Poder Judiciário no contexto do dogma da tripartição dos poderes, passou a sustentar uma visão extremamente hostil contra qualquer pretensão de os tribunais limitarem a retroatividade de suas alterações jurisprudenciais, chegando mesmo a proibi-los de aplicar a técnica do *prospective overruling*.²⁵³

Importante ainda frisar que, do ponto de vista procedimental, a modulação dos efeitos das decisões promotoras de *reversals*, quando implementada, não seguiu um padrão constante na jurisprudência da Suprema Corte e nem nos tribunais estaduais. Na maioria dos casos, a Suprema Corte modulou a eficácia temporal do novo precedente revogador no próprio julgamento em que o estabeleceu, enquanto em outras situações a questão atinente à modulação somente foi debatida em feitos subsequentes.²⁵⁴

Outrossim, na maior parte dos julgados em que houve a modulação, os tribunais se valeram do *regular prospective overruling*, ao passo que, em algumas ocasiões, a técnica empreendida foi a do *purely prospective overruling* e, mais raramente, do *prospective prospective overruling*.²⁵⁵

Noutro giro, no que concerne aos países da família do *civil law*, desde a consolidação do Estado liberal burguês, a teoria declaratória da jurisdição predominou na Europa Continental, tendo sido fortemente corroborada pelos dogmas que sustentaram a Revolução Francesa, como o do *juge inanimé*.

²⁵² Teste que, na esfera criminal, foi antes idealizado em *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293, 297 (1967).

²⁵³ *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993).

²⁵⁴ Em *United States v. Johnson*, de 1982, a Suprema Corte discutiu se deveria modular os efeitos do *overruling* proferido em *Payton v. New York*, em 1980, tendo se negado a fazê-lo. Já em *Stovall v. Denno*, de 1967, a Suprema Corte modulou os efeitos do *reversal* realizado anteriormente, também no ano de 1967, por ocasião do julgamento de *United States v. Wade*.

²⁵⁵ Como sucedeu em *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Paulatinamente, esses dogmas foram suavizados, sobretudo a partir do advento, em meados do século XX, do Estado Constitucional de Direito – em que a lei perdeu o posto de supremacia na ordem jurídica, subordinando-se à Constituição – e das teorias da interpretação jurídica que lhe sobrevieram.

De sorte que, dado o caráter invariavelmente retroativo das decisões judiciais – promotoras ou não de reviravoltas jurisprudenciais –, outorgado pela teoria declaratória, a técnica do *prospective overruling* não encontrou acolhida nos países adeptos da cultura jurídica romano-germânica até o final do século XX, ressalvadas exceções bastante pontuais.²⁵⁶

Nada obstante, consoante acima demonstrado, a partir do início do século XXI, a *Corte di Cassazione* italiana, a despeito das severas críticas de parte significativa da doutrina local, proferiu uma série de acórdãos em matéria processual civil em que modulou os efeitos de seus *mutamenti di giurisprudenza*, por vezes fundando-os no princípio do *giusto processo*.

Até mesmo na França, onde o positivismo legalista é bastante forte até os dias atuais, de 2006 em diante, em caráter excepcional, a *Cour de Cassation* atribuiu efeitos prospectivos a alguns de seus arestos que implicaram *revirements de jurisprudence*, também com arrimo no princípio do justo processo, previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

No âmbito do Direito Comunitário Europeu, outrossim, o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos têm admitido mitigar a costumeira eficácia retroativa de determinados precedentes promotores de *overrulings* realizados por eles próprios ou por tribunais nacionais e também em casos em que abordaram determinada controvérsia pela primeira vez, proferindo uma *first impression decision*.

Com efeito, em relação à Europa continental, à Inglaterra e aos Estados Unidos – bem ainda nos demais países da tradição do *common law*, como a Austrália, a Nova Zelândia, Canadá e a África do Sul –, pode-se dizer que a teoria declaratória da jurisdição ainda ocupa uma posição significativamente proeminente, a despeito do avanço da teoria constitutiva verificado no século XXI.

De sorte que o reconhecimento do poder normativo-criativo da jurisdição e, por conseguinte, da outorga de força vinculante das decisões judiciais ainda é posição efetivamente

²⁵⁶ Cite-se o exemplo trazido por Misabel Abreu Machado Derzi – apoiando-se em Beatrice Weber-Dürler – de um precedente exarado na Suíça, em 1930, referente à alteração jurisprudencial na contagem de prazos processuais, no bojo do qual um tribunal da Basileia, em consideração à proteção da confiança, promoveu um *prospective overruling*, o que ocorreu, de forma isolada, em outras situações envolvendo questões processuais. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 505-506.

minoritária na doutrina e na jurisprudência dos países europeus seguidores da tradição do *civil law* e de todos aqueles que adotam sistemas jurídicos filiados à *common law*.

Por essa razão, o emprego da técnica do *prospective overruling* nesses países, quando admitida, é medida excepcional – inclusive nos Estados Unidos – e objeto de forte resistência na doutrina e nos tribunais.

O denominador comum dessa resistência obstinada ao emprego da modulação temporal em situações de viragens jurisprudenciais ainda repousa em uma visão bastante rígida do princípio da separação dos poderes, em que a criação do Direito em caráter geral é reservada apenas ao Poder Legislativo e na crença subjacente de que a lei é suficiente para prover a igualdade e a segurança jurídica de que a sociedade necessita para prosperar.

Nada obstante, o desejo de tutelar concretamente a igualdade e a segurança jurídica é também o principal fundamento invocado pelos tribunais superiores para justificar o emprego de técnicas modulatórias dos efeitos – classicamente retroativos – das decisões judiciais que implicam mudanças de orientação firmadas em precedentes. Especificamente, a necessidade de salvaguarda da confiança justificada é comumente invocada para legitimar a utilização excepcional dessas controversas técnicas.

O fato evidente, na abordagem do presente trabalho, é que a aplicação retroativa de uma nova *ratio decidendi*, proclamada no precedente revogador, a fatos passados é causa de perturbadora insegurança jurídica, pois implica alteração irreversível do passado, na medida em que resulta em modificação das consequências jurídicas de atos e condutas perpetrados em conformidade com o que era considerado o Direito em vigor, podendo, inclusive, acarretar a aplicação de sanções penais, cíveis e administrativas àqueles que nunca tiveram a intenção de burlar a norma jurídica legal ou pretoriana. Como se verá, salvo exceções pontuais, ligadas, sobretudo, à superveniência de normas penais menos gravosas, a retroatividade normativa é escancaradamente incompatível com a ideia de Estado de Direito, não podendo ser tolerada, inclusive nos casos de alterações de precedentes.

Diversamente dos casos em que o tribunal superior uniformiza sua jurisprudência, por meio da edição de um precedente uniformizador, a modificação desse precedente inescandivelmente cria Direito novo, diverso do anterior, devendo ser implementada de forma prospectiva (com efeito *ex nunc*).

À luz da teoria geral do direito, na perspectiva ora encampada, a irretroatividade das mudanças nas normas judiciais contidas nos precedentes deve ser a regra geral a ser implementada por meio de técnicas modulatórias da eficácia temporal do precedente revogador,

estipuladas pelos Poder Legislativo ou pelos próprios tribunais superiores, podendo e devendo ser disciplinadas pelo direito processual, como fez o legislador do CPC/2015.

2 O *PROSPECTIVE OVERRULING* E A IRRETROATIVIDADE DO DIREITO NO BRASIL

2.1 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO FONTE DO DIREITO: TEORIAS DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO NO BRASIL

O Brasil, desde a sua independência, em 1822, é um país filiado à tradição do *civil law*.²⁵⁷ Sua cultura jurídica, herdada principalmente de Portugal, recebeu forte influência das ideias desenvolvidas pela *L'école de l'exégèse* francesa e pela jurisprudência dos conceitos alemã, escolas jusfilosóficas surgidas na efervescente Europa Continental do início do século XIX.

Como visto no capítulo anterior, essas escolas estabeleceram as bases doutrinárias do positivismo jurídico nos países adeptos à tradição romano-germânica, sobre as quais se erigiu o Estado Liberal de Direito, alicerçado na proclamação de direitos e garantias individuais fundamentais e, no que mais interessa, em rígidos dogmas associados à supremacia do Parlamento – e, portanto, da lei – e ao princípio da separação das funções estatais.

A consequência da incorporação e da juridicização desses dogmas pelos Estados Modernos, de colorido liberal, foi a plena identificação do Direito com a lei, aceita como única fonte normativa estatal. Direito e lei se confundiam.

No início do século XIX, o Brasil tornou-se independente e floresceu sob forte influxo do pensamento jurídico-liberal da Europa Continental, notadamente no campo do direito civil e processual civil. Durante sua fase monárquica e após o advento da República, o país ergueu-se sob as bases de um formalismo legalista²⁵⁸, promovendo, à semelhança de diversos países europeus da tradição do *civil law*, uma redução deformante do Estado de Direito em Estado de Legalidade ou Estado Legislativo.²⁵⁹

Em virtude da incorporação dos dogmas liberais acima mencionados, dos quais decorria a negação do poder criativo da jurisprudência, alinhando-se a essa concepção restritiva, unitária e concentradora do Direito, a doutrina pátria – especialmente no campo do direito civil, processual civil e constitucional –, desde o século XIX, repudiou a ideia de reconhecer eficácia vinculante às decisões judiciais e, por conseguinte, de lhes atribuir efeitos não retroativos.

²⁵⁷ Hermes Zaneti Jr. sustenta, amparado em contundentes argumentos jurídicos, que, na verdade, a tradição jurídica do país é híbrida, um misto de *civil law* e de *common law*. Cf. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed.. Salvador: JusPodivm, 2016 (em especial capítulo I).

²⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 291.

²⁵⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114.

Em 1857, José Antônio Pimenta Bueno, o marquês de São Vicente, já era peremptório ao afirmar que:

[...] as decisões de revista do supremo tribunal não só tem os efeitos positivos que a lei lhe confere, mas tem além disso uma autoridade moral, importante e que resulta das luzes e prestígio de tão alta instituição, autoridade que se exerce sobre o espírito dos tribunais e que muito concorre para a uniformização da jurisprudência, ou aplicação da lei. Posto que não sejam regras imperativas de direito, exercem todavia muita influência, tanto mais que ameaçam os julgamentos em contrário de uma cassação quasi certa.²⁶⁰

Referindo-se às decisões do Supremo Tribunal de Justiça do Império, Pimenta Bueno indagava: “deverá porém uma tal decisão servir de regra obrigatória para o futuro enquanto não houver medida legislativa?”, ao que ele mesmo respondia enfaticamente: “Certamente não [...] [o aresto] deve ter muita autoridade moral como fruto de uma discussão solemne, deve merecer toda consideração non racione autoritatis, sed autoritate rationis” e, mais adiante, complementa: “seria confiar-lhe uma delegação legislativa e ilimitada, pois que nem ao menos seria possível prever quaes os assumptos sobre que a exercia, nem o modo por que os regularia”.²⁶¹

Em outra importante obra jurídica brasileira do século XIX, escrita no florescer da República, João Mendes de Almeida Jr., em 1897, aduzia que “a missão da jurisprudência é de descobrir as regras latentes no texto das leis e não a de ‘sobrepor conjecturas à intenção explícita dos textos’”²⁶², evidenciando, assim, a compreensão da doutrina da época quanto à natureza exclusivamente declaratória da jurisdição.

²⁶⁰ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Impe. E Const. De J. Villeuneve E. C., 1857, p. 375. No mesmo sentido, quarenta anos depois dos escritos de Pimenta Bueno, ressaltando a autoridade exclusivamente moral da jurisprudência, João de Almeida Mendes Jr. anotava que “a lei positiva, em suas aplicações, rege minudencias não previstas e exige do magistrado a prudencia necessaria para tirar as legitimas consequencias do texto, consequencias que são regras latentes nesses mesmos textos. E isto foi sempre consagrado pelos legisladores que, si por um lado determinavam – non exemplis sed legibus judicandum est (Cod., L 13 de Sent.), por outro diziam – ius honorarium viva vox est iuris civilis (Dig., de just. et jure, L 8). É esta a origem e o fundamento da autoridade dos arestos”. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *As formas organicas da praxe forense*. São Paulo: Papelaria Guarany de Maciel & Comp., 1897, p. 16-17.

²⁶¹ BUENO, op. cit., p. 378. No mesmo sentido, em 1880, escrevia Antonio Joaquim Ribas que “quanto á autoridade moral dos casos julgados pelos tribunais superiores em relação aos inferiores, é logica consequencia do systema de diversidade de instancias. Com effeito, pois que a lei autorizou aquelles tribunais a reformarem as decisões destes, e a fazerem que dest’arte prevaleção as suas opiniões nos casos particulares, quer implicitamente que, em regra, os tribunais adoptem as opiniões dos seus superiores, evitando assim esteril luta em prejuizo das partes; salvo quando poderosas razões gerarem opostas convicções”. RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução ao estudo do Direito Civil*. t. I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier – Livreiro Editor, 1880, p. 160-161.

²⁶² ALMEIDA JÚNIOR, op. cit., p. XXIV (do Apêndice).

Com efeito, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial que prevaleceu no país ao longo de todo o século XIX, toda decisão judicial, por sua natureza mesma, produzia efeitos apenas retroativos. Não se cogitava a possibilidade de atribuir eficácia prospectiva aos arestos dos tribunais, mesmo em casos de alterações bruscas de jurisprudência consolidada, ainda que se reconhecesse que essas modificações pudessem causar grave insegurança jurídica.

Na esfera do direito processual civil, a maior influência na cultura jurídica brasileira adveio do direito italiano, que, como já destacado, também se erigiu sob a influência do pensamento liberal-positivista dominante na Europa Continental.

A doutrina processualista brasileira do século XX introjetou com entusiasmo esses dogmas, enquadrando a jurisdição – um dos elementos estruturais do direito processual civil, ao lado da ação e do processo –, quase que sem ressalvas, como fonte secundária do Direito, despida de qualquer poder normativo-criativo ou inovador da ordem jurídica.

Esse entendimento doutrinário reinou, com toda sua pujança, no decorrer das décadas do século passado, permanecendo praticamente inabalado mesmo após o advento da Constituição de 1988.²⁶³

Com efeito, para a doutrina nacional²⁶⁴, a jurisdição, incumbida de revelar o significado previamente estabelecido na lei, tinha natureza meramente declaratória, não se revestindo de eficácia vinculante. Ilustrativamente, vale citar a enfática opinião de Leonardo Greco, para quem

[...] em síntese, continuamos fiéis à posição romano-germânica de que a jurisprudência não é fonte formal de direito; é uma fonte complementar [...] Apesar da ascensão que teve a jurisprudência no direito brasileiro com a adoção da súmula vinculante e do instituto da repercussão geral, continuo entendendo que ela não chega a constituir uma fonte formal autônoma de direito, por duas razões: em primeiro lugar, porque ela deve limitar-se a interpretar leis preexistentes, entre as quais a própria Constituição, não criando direito novo; em segundo lugar, como consequência dessa primeira característica, porque ela não está sujeita aos limites de eficácia temporal a que se submete a própria lei, isto é, ela não dispõe apenas para o futuro, respeitando direitos adquiridos na época em que prevalecia entendimento diverso ao que ela tiver adotado. Ao contrário, esse é um dos maiores riscos das mudanças de jurisprudência. As expectativas de que um direito existia, porque assim têm entendido os tribunais, pode ficar frustrada pela nova jurisprudência ou súmula, ainda que seja uma súmula vinculante, pois, quanto a esta, o próprio Supremo Tribunal Federal pode revê-la ou revogá-la. Nesse aspecto, conferia maior segurança o velho assento lusitano, que

²⁶³ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 103.

²⁶⁴ Cf., v.g., DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46-48. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 74-76. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 113.

somente poderia ser revogado pela lei posterior, a qual, por sua vez, tinha de respeitar direitos adquiridos.²⁶⁵

Não obstante, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, que inaugurou um novo Estado Constitucional de Direito, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, nos direitos e garantias individuais e coletivos e na força normativa (não só de suas regras, mas também de seus princípios), “a jurisprudência passa a desenvolver novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição”.²⁶⁶

De fato, após o advento da Constituição de 1988 (porém bem antes da edição do CPC/2015), parcela da doutrina brasileira, pouco a pouco, passou a defender (ainda que exigindo a presença de certos pressupostos formais ou procedimentais, como a prolação do acórdão pelo Plenário do STF ou pela Corte Especial do STJ ou, ainda, a observância de determinado rito) que a atividade jurisdicional exercida pelos tribunais superiores possui natureza constitutiva. Lentamente, a doutrina vislumbrou a ascensão gradual da força normativa de determinadas decisões do STF e do STJ²⁶⁷, passando a lhes atribuir eficácia vinculante ou *erga omnes*.²⁶⁸

Como se verá no tópico seguinte, também os Poderes Legislativo e Judiciário prestaram importantes contribuições na caminhada pela valorização da jurisprudência (ou melhor, dos

²⁶⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-52.

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

²⁶⁷ Daí Teresa Arruda Alvim afirmar, com inteira razão, que “nos últimos tempos, tem-se dado a devida atenção à carga normativa da jurisprudência. Tem-se reconhecido que decisões judiciais são mais do que fontes do direito: são o próprio direito”. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 80.

²⁶⁸ CALMON DE PASSOS, JJ. Súmula Vinculante. *Revista Ciência Jurídica*, ano XIII, vol. 85, jan./fev. 1999; MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25-51. MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coords) *Tratado de Direito Constitucional*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315-325; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79-130; GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso Especial Repetitivo: A obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, jan./jun 2012, p. 127-137; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 266-295; DANTAS, Bruno. *Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 127-133; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 375-450. DECOMAIN, Pedro Roberto. Recurso Extraordinário representativo de controvérsia e decisão com eficácia erga omnes: o art. 52, X, da CF. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 126, set. 2013, p. 94-123; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 233-290; PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: Universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 135-163.

precedentes) como fonte criativa de Direito, sendo que o grande divisor de águas foi, sem dúvida alguma, o CPC/2015, na medida em que o próprio legislador expressamente atribuiu eficácia normativa vinculante a certas decisões do STF e do STJ.

2.2 A ASCENSÃO DA NORMATIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. O APOGEU: CPC/2015. RECONHECIMENTO FORMAL DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES

No Brasil, a ascensão da força normativa de determinadas decisões dos tribunais superiores não foi linear.

Não obstante, lembra Teori Albino Zavascki, o direito brasileiro segue há décadas uma tendência evolutiva semelhante à verificada em outros países, trilhada no sentido de prestigiar cada vez mais a força vinculante dos precedentes oriundos dos tribunais superiores, sobretudo daqueles proferidos em sede de recursos e de ações rescisórias.²⁶⁹

A despeito do recrudescimento dessa tendência nas últimas décadas, a história demonstra que – desde o regime monárquico-constitucional instituído em 1824, passando pelo alvorecer e consolidação do constitucionalismo republicano ao longo do século XX, até desembocar na promulgação da Constituição de 1988 e nas reformas da legislação processual, constitucional e ordinária ocorridas a partir da década de 1990 – a presença de determinadas decisões judiciais dotadas de eficácia vinculante na ordem jurídica brasileira não foi tão incomum, como se poderia imaginar.

Apenas quatro anos após o Grito do Ipiranga, o art. 18²⁷⁰ da Lei de 18 de setembro de 1828 instituiu o recurso de revista no interesse exclusivo da lei, cuja feição eminentemente objetiva resta cristalina, conforme se vê dos comentários feitos a esse dispositivo por Pimenta Bueno:

A revista no só interesse da lei é o recurso que o ministerio publico, o procurador da côroa, interpõe por occasião de violação daquella, não como parte na causa, sim como autoridade, como guarda e fiscal da ordem legal, do respeito devido á autoridade da lei [...] O fim desse recurso não é alterar a sorte das partes, de melhora-la ou empeiora-la; elle não aproveita nem prejudica o seu interesse particular, que continúa a subsistir tal qual foi julgado. O seu unico, mas importante fim é de reivindicar o imperio e dignidade da lei ofendida, não consentir que passe como lícito ou vigente um principio illegal, uma arresto opposto á these, ao preceito della, de reprimir emfim o abuso do

²⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

²⁷⁰ Art. 18. O Procurador da Corôa, e Soberania Nacional, póde intentar revista das sentenças proferidas entre partes, tendo passado o prazo, que lhes é concedido para a intentarem; mas neste caso a sentença da revista não aproveitará áquelles, que pelo silencio approvaram a decisão anterior.

jugador. Póde todavia em relação ao crime aproveitar ao réo. Esse recurso é o meio legitimo e efficaz que o governo tem de sustentar a autoridade da lei na ordem judiciaria, de reprimir e aniquilar a injuria feita a ella [...] O interesse da lei, e com ella da ordem, é com efeito imprescriptivel e absoluto; é sempre tempo para restabelecer o imperio de seus preceitos, de suas theses abstractas, de suas normas reguladoras; a sociedade lucra sempre, e nenhum particular sofre, qualquer que seja o lapso de tempo.²⁷¹

O Decreto 738, de 25 de novembro de 1850, atribuiu aos Tribunais do Comércio autorização para que tomassem assentos dotados de eficácia (fortemente) vinculante que, por disposição expressa contida em seus arts. 12 e 13²⁷², somente poderiam ser revogados pelo Poder Legislativo.²⁷³

Posteriormente, o Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875, transplantou para o país os assentos portugueses oriundos da Casa de Suplicação de Lisboa²⁷⁴, conferindo-lhes força de lei e investiu o Supremo Tribunal de Justiça de poderes para lavrar novos assentos, de observância obrigatória, cuja revogação também só poderia ocorrer por ato do legislador.²⁷⁵

Assim, curiosamente, antes mesmo da Proclamação da República, ainda no período monárquico, o país já convivia com essa espécie normativa fortemente vinculante, cuja intensa eficácia normativa se assemelhava à dos *strictly binding precedents* do Direito inglês, que vigorou na *House of Lords* desde o precedente firmado em *London Tramways Co. v. London County Council*²⁷⁶, em 1898, até a sua revogação, em 1966, pelo *Practice Statement*, uma vez

²⁷¹ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e analyse da Cosntituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Impe. E Const. De J. Villeuneve E. C., 1857, p. 358-360.

²⁷² Art. 12. Os referidos assentos serão publicados pela imprensa; e seis mezes depois da sua publicação estabelecerão regra de direito para decisão das questões, que no futuro se suscitarem sobre os usos commerciaes a que os mesmos assentos se referirem: e todos os Juizes e Tribunaes, arbitros, e arbitradores serão obrigados a regular por elles as suas decisões, em quanto não forem derogados ou alterados por decisão do Poder Legislativo. Art. 13. A disposição do Artigo 11 terá igualmente lugar, sempre que os Membros de algum dos Tribunaes do Commercio se não puderem accordar sobre a intelligencia de algum Artigo do Codigo, Leis, Regulamentos, Instrucções ou assentos commerciaes; ouvindo-se previamente a opinião de pessoas entendidas na materia, e consultando-se os outros Tribunaes do Commercio. Estes assentos, sendo tomados com accordo unanime dos referidos Tribunaes, obrigarão a todos os seus Membros, em quanto o contrario não for determinado pelo Poder Legislativo.

²⁷³ Diferentemente dos acórdãos proferidos pelos tribunais, que eram decisões colegiadas que solucionavam casos concretos envolvendo partes determinadas, os assentos eram determinações sobre a inteligência das leis, quando na execução delas ocorressem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 444.

²⁷⁴ Conforme explica Barbosa Moreira, no direito português, o instituto dos assentos subsistiu por muito tempo. Já no período republicano, os assentos foram previstos no art. 2º do Código Civil português, que estipulava que “nos casos declarados na lei”, poderiam os tribunais “fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”. Esse dispositivo, contudo, foi revogado pelo DL 329-A, de 12.12.1995. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedentes: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 35, ano VI, mai./jun. 2005, p. 05. Registre-se, ademais, que, em 1996, esse dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional português (Acórdão 743/1996).

²⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Os assentos no direito processual civil*. Tese (Curso de Especialização na Cadeira de Processo Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1968, p. 121-122.

²⁷⁶ [1898] AC 375.

que os assentos não podiam ser revogados pelo Supremo Tribunal de Justiça, mas tão somente pelo legislador.²⁷⁷

Com o nascimento da República, os assentos foram substituídos pelo recurso extraordinário²⁷⁸, vocacionado a preservar a autoridade das decisões do recém-criado Supremo Tribunal Federal e a assegurar a uniformidade na aplicação da Constituição e das leis federais.²⁷⁹

O Decreto 848/1890, que criou a Justiça Federal – composta pelos juízes de primeiro grau e pelo STF, que compunha a sua segunda instância (art. 1º) –, regulamentou o seu “processo jurisdicional”. Seu art. 386 trouxe uma inusitada regra – em face da tradição do direito luso-brasileiro referente às fontes subsidiárias do Direito – instituindo que “os casos de *common law* e de *equity* serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”.

Na hipótese de lacuna da lei, o novo legislador procurou atribuir aos precedentes judiciais dos Estados Unidos a autoridade de fonte subsidiária do direito brasileiro, ideia que foi vigorosamente repelida pela doutrina pátria.²⁸⁰

Em 1891, a primeira Constituição da República trouxe uma regra (art. 59, §2º) que dizia que “nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União”. O escopo do dispositivo era dotar de alguma autoridade normativa a jurisprudência da Justiça Federal e dos Estados e, por isso, foi severamente contestado pela doutrina.

O art. 1º do Decreto 23.055/1933, que instituiu o recurso *ex officio* das decisões das Justiças locais, à semelhança do art. 59, §2º, da Constituição de 1891, determinava que “as justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, deixando transparecer a

²⁷⁷ O que consistia em situação excepcional de negação da teoria dos poderes implícitos (*implied powers*), no que tange à ideia de que o órgão ou entidade que profere uma decisão tem poder para modificá-la ou revogá-la.

²⁷⁸ Segundo explica Marcus Seixas Souza, “a doutrina entendia que o Supremo Tribunal Federal não podia exercer essa competência [de editar assentos], valendo-se de dois argumentos: a ausência de previsão constitucional ou legal e o fato de o próprio Supremo Tribunal de Justiça não se ter utilizado de tal prerrogativa no Império, supostamente por considerá-la inconstitucional”. SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes judiciais no direito republicano. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (org.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: Estudos em homenagem à professora. Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 732.

²⁷⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 234.

²⁸⁰ SOUZA, op. cit., p. 725-726.

vinculatividade da interpretação das leis federais realizada pelo STF perante os tribunais locais.²⁸¹

Embora, como dito, os assentos tenham sido extintos após o advento da República, eles ressurgiram repaginados na forma de outros institutos que resgatavam a tradição dos pronunciamentos abstratos dos tribunais superiores com o escopo de firmar jurisprudência e fixar uma interpretação da lei que constitui uma tese jurídica a ser adotada nos casos semelhantes.²⁸²

Um desses institutos foi o prejulgado. Foi o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, de 1930, que criou o prejulgado, instrumento processual destinado a evitar decisões divergentes dentro do Tribunal de Justiça local.

Ulteriormente, a Lei Federal 319/1936, por meio de seu art. 2º, estendeu a técnica do prejulgado a nível nacional, permitindo que todos os tribunais, por iniciativa dos seus próprios membros, pudessem uniformizar a jurisprudência da corte, o que, segundo Cruz e Tucci, conferia às respectivas decisões “eficácia vinculante *intra muros* e, portanto, horizontal”.²⁸³ Três anos depois, o prejulgado foi levado para o CPC/1939 (art. 861). Já o art. 902 da CLT, instituída pelo Decreto-Lei 5.452/1943, estendeu o prejulgado para o processo do trabalho²⁸⁴, atribuindo-lhe a mesma disciplina do prejulgado do processo civil.²⁸⁵

Por sua vez, o art. 263 do Código Eleitoral, instituído pela Lei 4.737/1965, estipulou que “no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de

²⁸¹ Motivo pelo qual também essa lei foi alvo de fortes críticas de parcela da doutrina. Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 191. Outrossim, comentando esse dispositivo, em 1963, Washington de Barros Monteiro refutou enfaticamente a força normativa das decisões judiciais: “entre nós, lei houve que pretendeu conferir força normativa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Estatui realmente o dec. N. 23.055, de 9 de agosto de 1933, art. 1º, que as Justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Mas esse diploma não prevaleceu. Por mais insistente que seja a jurisprudência, não constitui norma imperativa, a cujo comando se não possa fugir. As decisões anteriores, ainda que emanadas da Suprema Instância, não são vinculatórias. Conservam os juízes, em face delas, a maior liberdade de apreciação”. BARROS MONTEIRO, Washington. Da jurisprudência. *Revista Forense*, v. 202, abr./mai./jun. 1963, p. 374.

²⁸² SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes judiciais no direito republicano. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (org.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: Estudos em homenagem à professora. Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 732.

²⁸³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 238.

²⁸⁴ Na esfera do Direito Coletivo do Trabalho, merecem ainda referência os arts. 867 a 871, que instituíram uma espécie de sentença normativa caracterizada como “fonte heterônoma singular ao Direito do Trabalho”, em que, por meio de um único processo, os tribunais do trabalho editam normas gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias, que projetam sua incidência sobre relações *ad futurum*, tendo, assim, “corpo de sentença, alma de lei”. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2.ed Edição. São Paulo: LTr, 2003, p. 157.

²⁸⁵ Conforme registra Marcus Seixas Souza “[...] em 12.05.1977, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação por Inconstitucionalidade 946/DF, movido pela Procuradoria-Geral da República em face do Prejulgado 52 do Tribunal Superior do Trabalho, decidiu que os prejulgados trabalhistas não eram atos normativos, dada a (suposta) revogação da norma que lhes atribuíra vinculatividade (o então art. 902, §1º, da CLT) pela Constituição de 1946”. SOUZA, op. cit., p. 735.

direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal”. Destarte, apoiando-se no art. 263 do Código Eleitoral, por diversas vezes, ao longo das décadas, o TSE, sem maiores questionamentos, atribuiu força vinculante aos seus prejudgados.²⁸⁶

Contudo, em 1992, ao julgar o Recurso Especial Eleitoral 9936, o TSE deu brusca guinada em seu entendimento e declarou a inconstitucionalidade do art. 263 do Código Eleitoral, justamente por ter dotado o prejudgado eleitoral de eficácia vinculante.²⁸⁷ A propósito, pela sua clareza, vale colacionar a ementa do acórdão proferido no REsp 12.682, em 1996, que assim dispõe:

PREJULGADO - ARTIGO 263 DO CÓDIGO ELEITORAL. O INSTITUTO DO PREJULGADO MOSTRA-SE INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO QUE ACABA POR ESTABELECEER O EFEITO VINCULANTE. INSUBSISTÊNCIA DO ARTIGO 263 DO CÓDIGO ELEITORAL.²⁸⁸

A nova orientação, consubstanciada nesse precedente, passou a ser aplicada desde então, não tendo mais o TSE outorgado eficácia vinculante às suas decisões.

Após a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Constituinte derivado e o legislador ordinário intensificaram a edição de regras disciplinadoras de institutos e técnicas processuais, com o objetivo de valorizar as decisões judiciais lançadas pelos tribunais superiores, além de estimular a uniformização da jurisprudência dessas cortes.

No campo constitucional, vale enfatizar a contribuição trazida pela EC 45/2004, que introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral no recurso extraordinário, e pela EC 92/2016, que conferiu ao Tribunal Superior do Trabalho competência para processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e a garantia da autoridade de suas decisões.

No âmbito da legislação ordinária, o art. 38 da Lei 8.038/1990 permitiu ao ministro relator, no STF e no STJ, negar seguimento a recurso contrário a “súmula do respectivo tribunal”.²⁸⁹

²⁸⁶ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 6320, rel. Min. Oscar Dias Corrêa; TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 6102, rel. Min. José Guilherme Villela; TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 5079, rel. Min. Pedro Augusto de F. Gordilho; TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 4683, rel. Min. José Francisco Boselli; TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 4627, rel. Min. Décio Meirelles de Miranda; TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 5060, rel. Min. Pedro Augusto de F. Gordilho; TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 4969, rel. Min. José Francisco Boselli

²⁸⁷ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 9936, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.09.1992.

²⁸⁸ TSE, REsp 12.682, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.04.1996.

²⁸⁹ O art. 90, §2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/79) já havia instituído regra semelhante, permitindo que o relator, nos processos de competência do extinto Tribunal Federal de Recursos,

A partir de 1994, sucessivas reformas no CPC/1973 fortaleceram as decisões judiciais emanadas dos tribunais superiores, instituindo regras como a ampliação de poderes para que os relatores, em tribunais ordinários e superiores, decidam monocraticamente recursos (v.g. apelação, agravo de instrumento, agravo interno, especial, extraordinário) e incidentes processuais (v.g. conflito de competência), provendo-os ou negando-lhes provimento com base em súmulas ou jurisprudência dominante do STF e do STJ (prerrogativa que, posteriormente, foi ampliada para que juízes de primeiro grau inadmitissem apelações interpostas contra sentenças fundamentadas em súmula do STF ou do STJ), e a regulamentação da repercussão geral e do estabelecimento, em 2006, de um procedimento específico para o processo e o julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, que, em 2008, foi estendido aos recursos especiais.

A par das alterações promovidas no próprio CPC/1973, outras importantes inovações legislativas também foram incorporadas à legislação processual civil brasileira, como a instituição, em 2001, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, de um procedimento de uniformização de interpretação de lei federal²⁹⁰, ampliado, em 2009, para os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública.

Igualmente, merece menção a extensão da técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos aos recursos de revista julgados pelo TST, promovida pela Lei 13.015/2014, que acrescentou à CLT os arts. 896-B e 896-C, aperfeiçoando o sistema de julgamento de questões repetitivas instrumentalizado pelos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973, acrescidos, respectivamente, pelas Leis 11.418/2006 e 11.672/2008.

Ademais, a referida lei – editada menos de um ano antes do advento do CPC/2015 – positivou, de forma inédita, as técnicas do *distinguishing* e da modulação temporal dos efeitos de decisões judiciais revogadoras de precedentes na esfera do direito processual do trabalho e, portanto, fora da jurisdição constitucional exercida pelo STF de forma concentrada e abstrata.

Por fim, vale ressaltar que o fortalecimento da eficácia normativa das decisões dos tribunais superiores se espalhou para além da estrutura interna do Poder Judiciário.

No âmbito da Administração Pública Federal, o art. 4º, XII, da Lei Complementar 73/93, munuiu o Advogado-Geral da União de competência para “editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais”, ao passo que o art. 4º da

sucedido pelo Superior Tribunal de Justiça, negasse seguimento a recurso contrário a “súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal”.

²⁹⁰ Esse procedimento, aliás, serviu de inspiração para a instituição da já mencionada técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, introduzida no CPC/1973, por intermédio dos arts. 543-B e 543-C.

Lei 9.469/97 previu a possibilidade de o chefe da Advocacia-Geral da União dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais, “quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores”.

Em 2013, a Lei 12.844 modificou diversos dispositivos da Lei 10.522/2002, tendo o seu art. 19 autorizado a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do STF, do STJ, do TST e do TSE, tenham sido objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda e, ainda, sobre matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do arts. 543-B e 543-C do CPC/1973.

Em 2019, foi a vez da Lei 13.874 promover outras importantes alterações na Lei 10.522/2002, entre as quais se destacam a possibilidade de extensão da autorização de dispensa de apresentar contestação, de oferecer contrarrazões, de interpor recursos e de desistir de recursos já interpostos, quando o tema controvertido for decidido pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (e não apenas pelos tribunais superiores) e, bem ainda, quanto “a tema não abrangido pelo julgado, quando a ele forem aplicáveis os fundamentos determinantes extraídos do julgamento paradigma ou da jurisprudência consolidada, desde que inexista outro fundamento relevante que justifique a impugnação em juízo”, facultando que os órgãos do Poder Judiciário e as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional celebrem negócios jurídicos processuais com espeque no art. 190 do CPC/2015.²⁹¹

Instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil manteve ou aperfeiçoou vários institutos e técnicas relacionados à valorização da jurisprudência, já presentes na legislação processual que lhe antecedeu.²⁹²

²⁹¹ Essas regras, originariamente dirigidas apenas à Procuradoria-Geral da Fazenda, foram estendidas à Procuradoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral Federal e à Procuradoria-Geral do Banco Central, conforme preconiza o art. 19-D da Lei 10.522/2002, na redação conferida pela Lei 13.874/2019, sendo, portanto, aplicável a todos os órgãos de representação judicial da União e de suas autarquias.

²⁹² O art. 12, §2º, III, exclui da “observância preferencial” da ordem cronológica das conclusões, para proferir sentença ou acórdão, o julgamento dos casos repetitivos, entre os quais se inserem os recursos representativos de controvérsia apreciados pelo STF e pelo STJ; o art. 311, II, permite a concessão de tutela antecipada da evidência, independentemente da demonstração do perigo da demora, se, comprovadas as alegações de plano, já houver tese firmada em sede de recursos repetitivos; o art. 332, II, determina que o juiz de 1º grau profira julgamento de improcedência liminar do pedido que contrariar tese firmada em RE ou REsp repetitivo; o art. 496, §4º, II, exclui do reexame necessário as sentenças fundadas em entendimento consolidado em recursos repetitivos; o art. 521, IV, dispensa a apresentação de caução, na execução provisória de sentença, para o levantamento de depósito em dinheiro, a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, se o título judicial exequendo estiver em conformidade

Porém, o novo *Codex* adjetivo foi muito além. O CPC/2015 positivou um sistema de precedentes formalmente vinculantes, cuja pedra de toque reside nos deveres de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente e de fundamentação adequada das decisões judiciais, respectivamente previstos em seus arts. 926, *caput*, e 489, §1º, c.c. 927, §1º.

Nesse novo sistema, o legislador processual cunhou uma regra geral autorizadora da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores em casos concretos (art. 927, §3º), aspecto que mais interessa ao presente trabalho.

Outra importantíssima lei que dispõe sobre a modulação temporal foi editada em 2018. Trata-se da Lei 13.655, que dispõe sobre a “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, a qual acrescentou os arts. 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

A Lei 13.655/2018 complementou o enorme passo dado pelo CPC/2015, introduzindo no âmbito do direito público novas regras hermenêuticas que fornecem subsídios para a compreensão e a aplicação da técnica modulatória de que trata o art. 927, §3º, do CPC/2015 na esfera jurisdicional.

2.3 A CONTRIBUIÇÃO DOS TRIBUNAIS NO PROCESSO DE FORTALECIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A ascensão da força normativa das decisões judiciais dos tribunais superiores não decorreu exclusivamente dos avanços introduzidos pelo Poder Legislativo, a despeito da evidente atitude de vanguarda do legislador no que concerne à matéria.

À medida que a legislação se modernizou, também os tribunais superiores procuraram aperfeiçoá-la, indo ao encontro do espírito das leis.

com acórdão proferido em sede de recurso repetitivo; o art. 932, IV, *b* e V, *b*, permite ao relator, no tribunal, negar provimento a recurso que for contrário à orientação firmada pelo STF ou STJ em recurso repetitivo, ou dar-lhe provimento quando a decisão recorrida não observá-la; de modo semelhante, o art. 955, parágrafo único, II, outorga ao relator poderes para julgar, de plano, conflito de competência, quando sua decisão se fundar em tese cunhada em recurso extraordinário ou especial repetitivo; o art. 966, V, c.c. §5º, permite a propositura de ação rescisória, com base em manifesta violação de norma jurídica, contra acórdão proferido em sede de recurso repetitivo que não tenha demonstrado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento; o art. 979, §3º, dispõe sobre a ampla divulgação e publicidade, inclusive com a formação de banco eletrônico pelo STF e pelo STJ, contendo informações sobre as teses estabelecidas nos recursos repetitivos; o art. 988, IV, estipula o cabimento de reclamação para garantir a observância de entendimentos ditados em recursos repetitivos, depois de esgotadas as instâncias ordinárias; o art. 1.022, parágrafo único, I, permite o manejo de embargos de declaração, fundados em alegação de omissão, contra decisão que não se manifesta sobre tese firmada em recurso repetitivo; os arts. 1.039 e 1.040 realçam a eficácia vinculante dos precedentes forjados em recursos repetitivos, determinando que os juízes e tribunais apliquem a tese firmada.

O STF, paulatinamente, ainda que entre altos e baixos, desenvolveu-se no sentido de outorgar maior grau de eficácia às suas decisões. A evolução de sua jurisprudência quanto ao ponto recebeu importante impulso com o advento da repercussão geral, que acentuou a natureza marcadamente objetiva do recurso extraordinário²⁹³, porquanto esse instituto deixou claro que o interesse na solução da questão de mérito transcende à solução da lide travada entre as partes, devendo repercutir em outros casos.

Com efeito, bem antes da edição do CPC/2015, o STF já se inclinava a reconhecer que as decisões proferidas em sede de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida gozavam de eficácia vinculante. Como corolário desse entendimento, a corte assentou, em nome da “racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema”, o dever de juízes e tribunais inferiores respeitarem a autoridade de seus julgados.

A objetivação do recurso extraordinário foi tendência que, com certa oscilação, também caracterizou a evolução jurisprudencial empreendida pelo STJ, especialmente após a instituição, em 2008, do recurso especial representativo de controvérsia no CPC/1973 (art. 543-C), cujo julgamento passou a ter como finalidade central firmar uma tese jurídica a ser aplicada nas inúmeras causas repetitivas semelhantes, e não apenas dirimir os litígios deduzidos pelas partes.²⁹⁴

Exemplo bastante emblemático dessa tendência foi o estabelecimento pelo STJ, à mingua de disposição legal expressa, de precedentes no sentido de não ser possível o

²⁹³ A propósito, segundo destacam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, a “inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva” do processo de controle incidental de constitucionalidade, fruto também de seu “diálogo e intercâmbio” com os modelos de controle de constitucionalidade concentrado, decorreu de diversos fatores, como “a adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os julgados especiais, o reconhecimento do efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível causa *petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desses diálogos e intercâmbios entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1101.

²⁹⁴ Em 2010, a Corte Especial do STJ, ainda que sem promover um adequado e profundo debate da matéria, sustentou que os acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos eram dotados de eficácia vinculante. (STJ, Corte Especial, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 25.02.2010, DJe 21.06.2010). No voto do relator para o acórdão, Min. Luiz Fux, assim como na ementa do julgado, consta que “[...] na uniformização de jurisprudência, a cisão funcional impõe que a tese fixada no incidente seja de adoção obrigatória no julgado cindido, por isso que a tese repetitiva adotada pelo Tribunal competente para conferir a última exegese à legislação infraconstitucional também é, com maior razão, de adoção obrigatória pelos Tribunais locais”. Apesar da edição desse importante precedente pela Corte Especial, a Primeira e a Segunda Seções do STJ insistiram abertamente na tese da inexistência de efeito vinculante e *erga omnes* dos acórdãos em sede de recursos repetitivos, demonstrando, assim, como a evolução do tema foi sinuosa no âmbito dessa Corte Superior. Cf. STJ, Segunda Seção, AgRg na Rcl 16.532/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.05.2014, DJe 02.06.2014; STJ, Primeira Seção, AgRg na Rcl 14.945/DF, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 14.08.2014, DJe 21.08.2014.

acolhimento de pedido de desistência de recurso especial repetitivo formulado pelo recorrente após proferida a decisão de afetação, com fundamento na persistência do interesse público subjacente ao seu julgamento.²⁹⁵

Em decorrência do fenômeno da objetivação dos recursos excepcionais, a jurisdição prestada pelo STF e pelo STJ difundiu-se para além da tutela das pretensões particulares deduzidas pelo autor e pelo réu em juízo, progredindo no propósito de assegurar a primazia da ordem jurídica objetivamente considerada, em prol da isonomia e da segurança jurídica.

Isso significa afirmar que, nos tribunais superiores, o *thema decidendum* passou a tratar prioritariamente da defesa do *ius in thesi*, e não mais do *ius litigatoris*.²⁹⁶

2.4 DIREITO INTERTEMPORAL. A SUCESSÃO DE NORMAS NO TEMPO. DA IRRETROATIVIDADE DA LEI À IRRETROATIVIDADE DO DIREITO

Editada e publicada pelos órgãos constitucionais competentes, a norma jurídica²⁹⁷ se projeta em duas dimensões: a espacial e a temporal. A primeira relaciona-se ao seu campo territorial de aplicação. A segunda diz respeito ao intervalo de tempo em que ela produz efeitos, à sua eficácia, compreendida entre dois limites bem definidos: seus termos inicial e final.²⁹⁸

O direito intertemporal ocupa-se do estudo da sucessão de normas no tempo (civis, penais, processuais, previdenciárias, tributárias *etc.*) e de todas as implicações jurídicas daí advindas, especialmente daquelas relacionadas aos complexos problemas ligados à retroatividade e à irretroatividade normativa.²⁹⁹ Ele busca, pois, determinar o alcance da eficácia de duas normas que se sucedem e que dispõem sobre o mesmo assunto.³⁰⁰

Historicamente, o direito intertemporal pôs-se a disciplinar tão somente a sucessão de leis no tempo, estabelecendo regras e princípios de sobredireito, como as originariamente

²⁹⁵ QO no REsp 1.063.343/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 17.12.2008, DJe 04.06.2009. No mesmo sentido foi a decisão nos EDcl no REsp 1129971/BA, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. 12.05.2010, DJe 24.05.2010.

²⁹⁶ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 89.

²⁹⁷ Sobre a distinção entre texto normativo e norma jurídica, vale conferir o teor do importante precedente lançado pelo STF por ocasião do julgamento a respeito da chamada 'lei de anistia'. STF, Tribunal Pleno, ADPF 153, rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010, DJe 06.08.2010.

²⁹⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 09.

²⁹⁹ Ferdinand Lassale ressalta que, historicamente, as questões relacionadas à retroatividade das leis ou, mais precisamente, do período de aplicação das leis (de sua vigência), são consideradas uma das mais difíceis, complexas e importantes de todo o campo do Direito. LASSALE, Ferdinand. *Théorie Systématique des Droits Acquis: conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904, p. 20.

³⁰⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 7-8.

previstas na LINDB, que se destinavam a regular os eventuais conflitos surgidos na aplicação dessas leis, como em situações concernentes a relações jurídicas de trato sucessivo, a direitos de formação complexa ou a contagem de prazos de prescrição e decadência.

Vale insistir, uma vez mais, que isso ocorreu em virtude da influência de dogmas da Revolução Francesa, sobretudo nos países da tradição romano-germânica, que identificam a lei como a única fonte do Direito, criadora de direitos e deveres oponíveis a todos e dotada de natural vocação para estabelecer regras de conduta, gerais e abstratas, destinadas a disciplinar relações futuras.

Considerando-se que esses dogmas formavam a base jusfilosófica do Estado Liberal de Direito, sustentava-se que a imposição de limitações temporais às atividades do Poder Legislativo, consistentes na restrição ou na proibição de edição de leis com eficácia retroativa, seria o bastante para promover a adequada tutela dos direitos individuais ligados à liberdade, à igualdade e à segurança jurídica, evitando que eles fossem indevidamente violados. A preocupação central do Estado Liberal era, assim, evitar que fossem editadas leis retroativas, as quais eram consideradas arbitrárias e injustas, além de gerar insegurança jurídica no seio social.

Nesse ambiente político-jurídico dominante, no Brasil e alhures, nos séculos XIX e XX, não se vislumbrava utilidade em regulamentar a sucessão de decisões judiciais e administrativas no tempo. A jurisprudência, devido à sua natureza eminentemente declaratória, reveladora de direitos ou de situações jurídicas preexistentes, necessária e invariavelmente, deveria operar efeitos retroativos, sendo descabido cogitarem-se hipóteses de surgimento de conflitos decorrentes da sucessão de decisões judiciais no tempo, ainda que diante de mudanças bruscas de jurisprudência.

A propósito, Wilson de Souza Campos Batalha, parafraseando o francês Paul Roubier, um dos maiores expoentes do direito intertemporal do século XX, rechaça a possibilidade de haver “conflitos entre jurisprudências sucessivas”, ressaltando enfaticamente que “uma nova jurisprudência aplica-se invariavelmente a todos os processos novos, sem que se tome em consideração a data na qual os fatos do processo ocorreram e mesmo que tais fatos fossem anteriores à modificação da jurisprudência”.³⁰¹

Mais adiante, fiando-se ainda na doutrina de Paul Roubier, Batalha aduz que

[...] é evidente que a criação jurisprudencial do direito não se presta a considerações a respeito da irretroatividade [...] Paul Roubier, após mencionar os esforços da doutrina norte-americana para aplicar o princípio da irretroatividade também ao common law, conclui asseverando: ‘a jurisprudência não se elabora por uma decisão

³⁰¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 52.

abstrata, como a declaração de vontade do legislador, mas por ocasião de uma espécie concreta e, por conseguinte, a nova jurisprudência fará sentir sua ação, de maneira retroativa, sobre o próprio litígio em que se estabelece; assim sendo, com que fundamento se poderia pretender impedir o mesmo efeito retroativo sobre os litígios futuros?’ Entretanto, a hipótese é irrelevante para os países de direito codificado, mesmo quando é possível fixar a data da modificação da jurisprudência (p. ex. decisão plenária do Supremo Tribunal Federal). É que a jurisprudência, pretendendo representar a melhor maneira de aplicar o direito, não se apresenta como inovadora e a modificação dos precedentes visa a corrigir enganos de apreciação e não a modificar a substância da regra de Direito.³⁰²

A despeito do tradicional confinamento dos “conflitos de normas no tempo” ao universo das leis, parte da doutrina brasileira clássica do século XX não olvidou de colocar os problemas advindos de rupturas com o passado no âmbito de incidência do direito intertemporal. Carlos Maximiliano, v.g., aduz que “às vezes, não mudam só os textos; mas também os costumes, a visão moral ou econômica das coisas, a orientação geral dos espíritos dirigentes”, o que, segundo lembra, “suscita problemas que ao Direito Intertemporal incumbe solver; porque constituem um rompimento com o passado, ampla transformação operada em sentidos vários”.³⁰³

Com efeito, as mudanças na jurisprudência – mais especificamente, nos precedentes – dos tribunais superiores também não podem ser alijadas do campo de abrangência do direito intertemporal, visto que uma nova interpretação da Constituição ou das leis, elaborada pelo STF e pelo STJ, “tende a produzir efeitos práticos semelhantes aos que decorrem da edição de lei nova. Vale dizer: embora não haja uma alteração formal do Direito vigente, verifica-se uma alteração substancial”.³⁰⁴

Mutatis mutandis, por imperativos decorrentes da segurança jurídica, o mesmo pode ser dito em relação às alterações das interpretações na legislação perpetradas pela Administração Pública.

Reza o art. 1º da Constituição de 1988 que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. O Brasil é, por conseguinte, uma república federalista erigida sob a forma de um Estado normativo de Direito, e não de um Estado meramente legalista. Todos estão sujeitos ao Direito posto conglobantemente considerado, e não apenas à lei.

³⁰² BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 53.

³⁰³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 20.

³⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

Assimilando de forma mais adequada essa diretriz constitucional, o Legislador do CPC/2015 fez inúmeras referências ao “ordenamento jurídico”, à “ordem jurídica” ou simplesmente às “normas jurídicas”, cujo conteúdo ou significado de diversos dispositivos não se restringe às leis.

Logo em seu introito, no Livro I da Parte Geral, o CPC/2015 dispõe sobre as normas processuais civis fundamentais e sobre a aplicação das normas processuais em geral, não se referindo apenas à legislação processual civil. Diz o *Codex* que a jurisdição será regida pelas normas processuais brasileiras (art. 13); que a norma processual não retroagirá e que ela será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14) e que, na ausência de normas regulatórias dos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, suas disposições devem ser aplicadas supletiva e subsidiariamente. Do mesmo modo, o CPC/2015 autoriza o manejo de ação rescisória quando a decisão de mérito transitada em julgado violar manifestamente norma jurídica (art. 966, V).

Lado outro, determina o *Codex* que o juiz, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, aplique o ordenamento jurídico (art. 8º), e não apenas a lei³⁰⁵; estabelece que ele não se exime de decidir invocando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (art. 140), e não somente da lei, conforme estipulava o art. 126 do CPC/1973³⁰⁶; preconiza que, no caso de colisão entre normas, “o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (art. 489, §2º); e, finalmente, estipula que o Ministério Público deve atuar como fiscal da ordem jurídica³⁰⁷ (arts. 178 e 179) e não mais como fiscal da lei, consoante previa o CPC/1973 (art. 83).

Essas importantíssimas mudanças introduzidas pelo CPC/2015 não representam redundâncias terminológicas. Nessas mudanças, somadas às inovações trazidas pelo sistema precedentalista instituído pelo *Codex* (arts. 926 e 927), reside a base do reconhecimento, pelo próprio legislador, dos precedentes como fonte do Direito e, portanto, da irretroatividade do Direito, e não apenas da lei, fornecendo, ademais, o embasamento jurídico para a

³⁰⁵ Como prevê o art. 5º da LINDB, derogado no ponto.

³⁰⁶ O CPC/2015 estabelece também que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (art. 18) e que “além dos casos previstos em tratados de que o Brasil faz parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos: I - obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso” (art. 30).

³⁰⁷ Em conformidade, aliás, com o disposto no art. 127, *caput*, da Constituição.

implementação prática da técnica de modulação temporal dos efeitos de determinadas decisões que modificam precedentes consolidados.

Isso implica dizer que, mormente após a edição do CPC/2015 e da Lei 13.655/2018, e assimilada adequadamente a extensão da expressão Estado de Direito, positivada no art. 1º da Constituição, não deve haver mais dúvida de que, no Brasil, a lei não é mais a única fonte de manifestação do poder estatal que obriga ao próprio Estado e à sociedade.

Desse modo, a repaginação do princípio da legalidade, vazado nos art. 5º, *caput*, e inciso II, e no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, é medida de rigor e deve ser encarada sob duplo enfoque.

Sob o primeiro enfoque, porque a lei perdeu seu posto de supremacia, outorgado durante a gestação do Estado Liberal de Direito, subordinando-se agora à Constituição.³⁰⁸

A lei, antes concebida unicamente a partir de uma perspectiva formal, sendo considerada válida desde que produzida por uma autoridade competente e em conformidade com o devido processo legislativo, amarra-se substancialmente à Constituição, sobretudo ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, cuja eficácia normativa irradia por todo o ordenamento jurídico.³⁰⁹

No Estado Constitucional de Direito, para ser válida e justa, a lei não apenas deve emanar do órgão legiferante competente e observar as respectivas regras procedimentais, mas também, quanto ao seu conteúdo, há de ser compatível com a Constituição. À legalidade formal uniu-se indissociavelmente a legalidade material ou substancial.

Sob o segundo enfoque, também ligado à passagem do Estado Liberal de Direito para o atual Estado Constitucional de Direito, a lei, conforme já assinalado, não é mais a única fonte primária do Direito.

O produto das atividades exercidas pelos Poderes Judiciário e Executivo – determinadas decisões judiciais e administrativas que proferem –, observados certos requisitos e procedimentos, pode ser enquadrado como fonte primária do Direito estatal e, portanto, dotado de eficácia vinculante *erga omnes*.

Portanto, inquestionavelmente, a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Constitucional de Direito impôs uma notável transformação na compreensão do princípio da legalidade. Por isso mesmo, com muita propriedade, Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam

³⁰⁸ Além disso, na fase do liberalismo estatal, o Poder Legislativo colocava-se acima dos demais “poderes executivos”, daí se falar em “supremacia do parlamento” e “supremacia da lei”. No Estado Constitucional Democrático de Direito, o Poder Legislativo não mais goza dessa autoridade suprema, conforme se vê do art. 2º da Constituição de 1988.

³⁰⁹ STF, Tribunal Pleno, ADI 2667, rel. Min. Celso de Mello, j. 05.10.2020, DJe 16.10.2020.

que “a subordinação da lei à Constituição não pode ser compreendida como uma mera continuação dos princípios do Estado legislativo, pois significa uma transformação que afeta as próprias concepções de direito e jurisdição”.³¹⁰ Direito não é somente lei. Jurisdição não é atividade de revelação da vontade preexistente do legislador exteriorizada pelas leis.

Destarte, atualmente, sobretudo em vista deste novo “estado da arte” consolidado na ordem jurídica brasileira por obra do legislador do CPC/2015, parece evidente a impossibilidade de se excluir as decisões judiciais e administrativas do campo de abrangência do direito intertemporal no país, até mesmo porque os mesmos fundamentos que justificam a irretroatividade das leis também explicam a não retroatividade de determinadas decisões judiciais – enquadráveis como precedentes – e administrativas que modificam entendimentos ou orientações pretéritas.

De fato, a séria decisão de reverter uma jurisprudência consolidada de um tribunal superior, especialmente do STF, não pode ser feita com indiferença em relação à segurança jurídica, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados, devendo a atribuição de efeitos prospectivos à mudança de orientação ser sempre levada em consideração, especialmente quando o entendimento alterado já houver se tornado pacífico por longo período.³¹¹

É momento de traçar um paralelo entre a “sucessão de leis no tempo” e a “sucessão de precedentes no tempo”, aproximando-as tanto quanto possível, a fim de defender, respeitados certos requisitos processuais e procedimentais, a irretroatividade das mudanças formais das normas jurídicas pretorianas formatadas pelos tribunais superiores, de modo que a modulação temporal dos efeitos das decisões que promovem alterações de entendimento seja a regra geral.

Por uma questão cronológica, baseada na evolução da legislação e da doutrina sobre o tema, as considerações a serem tecidas sobre o direito intertemporal hão de se iniciar pela sucessão de leis no tempo, seguida pela sucessão de decisões administrativas e judiciais.

2.4.1 Sucessão de leis no tempo: da evolução do princípio da irretroatividade da lei em matéria cível à proteção do direito adquirido

Conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira, o princípio da não retroatividade é o ponto de partida dos conceitos fundamentais do direito intertemporal, tendo sido elaborado e desenvolvido, ao longo da história, pelos tratadistas da matéria com variados sentidos e

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. 2016, p. 58.

³¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78-79.

incorporado de diferentes maneiras nas legislações, “*que ora o enunciam em termos de mais absoluta rigidez, ora o mantêm de maneira mais flexível, ora relegam para o campo hermenêutico a sua adoção*”.³¹²

O ilustre professor destaca ainda que as celeumas associadas aos conflitos das leis no tempo podem ser investigadas sob dois aspectos. O primeiro, relacionado à visão filosófica do problema, em que se consagra universalmente a ideia da não retroatividade como um direito natural, que considera o efeito retroativo “um atentando à estabilidade dos direitos” dos cidadãos, uma “violência ao planejamento das relações jurídicas instituído como base do comércio civil”, um “ato de repulsa à consciência jurídica” ou uma “contradição do Estado consigo mesmo”; o segundo, analisado à luz do ordenamento jurídico, em que o princípio da irretroatividade é transposto do plano filosófico para o direito positivo, convertendo-se em preceito de política legislativa, que varia de país para país.³¹³

Neste momento, considerando-se que o primeiro aspecto já foi satisfatoriamente abordado, interessa analisar o segundo, fazendo-o a partir de uma breve exposição das principais teorias jurídicas sobre o tema, seguida de uma excursão histórica do princípio da não retroatividade no ordenamento jurídico brasileiro.

São várias as teorias que se construíram em torno do tema da irretroatividade das leis, tendo todas elas, como ponto em comum, a ideia geral de proibição de que a lei nova invada o passado.

Essas teorias, a despeito de inúmeras divergências e das particularizações de suas correntes, podem ser concentradas em dois grandes grupos: a) as teorias subjetivistas, que focalizaram os problemas concernentes à retroatividade das leis diante dos direitos subjetivos individuais, sustentando que a lei nova não pode atingi-los, tendo como alguns de seus expoentes Savigny – construtor da distinção entre os direitos adquiridos e as expectativas de direito, de um lado, e as faculdades jurídicas abstratas, de outro lado –, Lassalle e Gabba; b) as teorias objetivistas, que procuram resolvê-los sob a perspectiva das situações jurídicas criadas pela lei, erigindo-se sobre a regra capital de que a lei sempre dispõe para o futuro, não retroagindo, como defendem Roubier e Affolter.³¹⁴

Ilustrativamente, para o subjetivista Francesco Gabba, autor de “doutrina substancial, prática e abrangente”, a regra básica para a solução do conflito intertemporal é que “a lei nova

³¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. v.1,30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 129-130.

³¹³ *Ibid.*, p. 129-131.

³¹⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 424; PEREIRA, op. cit., p. 134.

não pode violar direitos precedentemente adquiridos; mas onde não se ofendam direitos desta natureza, a lei deve receber a mais ampla aplicação, quer se trate de fatos ou relações jurídicas totalmente novas, quer da consequência de fatos ou relações anteriores”.³¹⁵

De outro lado, a base fundamental da teoria objetivista de Roubier está na distinção entre o efeito imediato e o efeito retroativo da lei. Se a lei pretender atingir fatos já consumados (*facta praeterita*), será retroativa; se ela intenta alcançar situações em curso (*facta pendentia*), é preciso separar as partes anteriores à nova lei das posteriores ao seu advento, estando as primeiras excluídas da sua ação e as últimas sujeitas a ela sem retroatividade.³¹⁶ Portanto, Roubier distingue os efeitos imediatos e futuros dos efeitos retroativos, declarando, como regra geral, a vigência da lei de imediato e para o futuro (hoje + futuro se equiparam).³¹⁷ Já Friedrich Affolter, considerado por Pontes de Miranda o maior expoente do direito intertemporal, desenvolveu sua doutrina, que se tornou a regra fundamental do direito alemão, a partir da ideia básica de que a lei nova não rege os fatos passados ocorridos antes de sua vigência, sendo, assim, natural que a lei antiga estenda seus efeitos, mesmo após sua revogação. Por conseguinte, o passado é resgatado para manter a vigência da lei antiga em relação aos efeitos de atos pretéritos, que perduram mesmo na vigência da lei nova.³¹⁸

Conforme ensina Rubens Limongi França, o Brasil foi um dos poucos países do mundo onde o zelo pelos direitos dos cidadãos levou o legislador constituinte a estender o âmbito de proteção do princípio da irretroatividade para a esfera cível, assim como sucede na Noruega e nos Estados Unidos, em que a Constituição, na Seção 10 do art. I, veda a edição de leis que enfraqueçam a força dos contratos (*No State shall [...] pass any [...] law impairing the obligation of contracts*). Na grande maioria dos países, contudo, as constituições proíbem apenas a irretroatividade em sede penal, sendo omissas quanto à incidência desse princípio em matéria cível.³¹⁹

De fato, no Brasil, desde a proclamação da Independência, o princípio da irretroatividade das leis foi alçado a garantia constitucional, tendo sido dada, inicialmente, proeminência para a teoria objetiva e, posteriormente, para a subjetiva.

³¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. v.1,30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 135.

³¹⁶ Ibid., p. 140.

³¹⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 424.

³¹⁸ Ibid., p. 424.

³¹⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 311.

A Constituição do Império de 1824, em seu art. 179, III, era expressa ao dizer que “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] III. A sua disposição [da lei] não terá effeito retroactivo”. De forma semelhante, o art. 11, §3º, da primeira Constituição Republicana, de 1891, estabelecia que “é vedado aos Estados, como à União: [...] 3º) prescrever leis retroativas”.

Observa-se, portanto, que as Constituições de 1824 e 1891 encamparam o princípio da irretroatividade das leis em sua concepção objetiva. Elas não fizeram qualquer alusão ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, garantias individuais que somente foram içadas ao nível constitucional pela Constituição de 1934, que, em seu art. 113, n. 3, prescrevia que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Após terem sido suprimidas na Carta de 1937, tais garantias foram repetidas nas demais Constituições de 1946, 1967 e 1988.³²⁰

Como se nota, as supratranscritas regras contidas nas Constituições de 1824 e 1891 eram mais rígidas em relação à que passou a vigorar a partir da Constituição de 1934, pois vedavam, em tese, qualquer retroatividade da lei, e não apenas a retroatividade que pudesse atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Não obstante, a excessiva rigidez dessas primeiras regras positivadoras do princípio da irretroatividade logo foi atenuada pela doutrina e pela jurisprudência do final do século XIX e início do século XX, tendo sido paulatinamente construída uma interpretação que permitia a retroatividade normativa expressa, desde que não ferisse o direito adquirido.

Em 1897, *v.g.*, Rui Barbosa, um dos principais idealizadores da Carta Republicana de 1891, comentando o alcance do supracitado art. 11, §3º, já defendia que

[...] não é o retroagir da lei, todo e qualquer retroagir, a retroatividade pela retroatividade, o que se quer obstar, mas o retroagir lesivamente, isto é, a retroatividade atentatória de direitos adquiridos. O princípio da irretroatividade das leis quer dizer, pois, unicamente que os direitos adquiridos sob o domínio de uma não podem ser prejudicados, ou cassados, pela ação de outra posterior [...]. O que a nossa constituição quis, pois, foi vedar a retroatividade injurídica, a retroatividade maligna, a retroatividade condenada, queremos dizer a que ataca a equidade e a justiça, a que destrói ou ameaça as situações legalmente adquiridas.³²¹

³²⁰ No plano infraconstitucional, tais garantias foram positivas antes da Constituição de 1934, pelo art. 3º do Código Civil de 1916.

³²¹ BARBOSA, Rui. Leis retroativas e interpretativas no Direito brasileiro. *In*: BRASIL, Ministério da Educação e Saúde. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XXV, t. IV. Rio de Janeiro, 1898, p. 140-141. Interessante registrar que, nesse ensaio, fruto de uma compilação de petições que elaborou, como advogado, em um processo judicial, Rui Barbosa busca fazer uma ampla teorização do princípio da irretroatividade no mundo ocidental, reconhecendo, ainda, que a Constituição brasileira de 1891 foi fortemente inspirada na Constituição americana e que a proibição de retroatividade estampada no art. 11, §3º, foi inspirada nas já citadas cláusulas de proibição de edição de *laws to*

A doutrina e a jurisprudência, assim, passaram a defender que o princípio da irretroatividade continua, em verdade, uma referência implícita ao direito adquirido.³²²

Por fim, conforme salienta Misabel Abreu Machado Derzi, a Constituição de 1988 traz elementos das teorias subjetivistas em seu art. 5º, XXXVI, traduzidos na proteção dos direitos adquiridos, mas também se curva ao objetivismo, afirmando expressamente a irretroatividade normativa no art. 5º, XL, que prevê que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, e no art. 150, III, *a*, que veda aos entes políticos cobrar tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”.^{323 324}

2.4.1.1 Limites constitucionais à retroatividade das leis em geral. A proteção constitucional de situações jurídicas consolidadas: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF)

O art. 5º, XXXVI, da Constituição, dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Trata-se de uma garantia individual fundamental, que, assim como as demais, é pluridimensional.

A conceituação legal de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada consta dos §§ 1º a 3º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Esses dispositivos, todavia, não elucidam satisfatoriamente tais institutos, que devem ser entendidos a partir da compreensão do fenômeno da incidência normativa.

Conforme acurada síntese de Leonardo Carneiro da Cunha, há fatos que estão previstos em textos normativos. Previsto o fato no enunciado normativo, sua ocorrência no mundo real faz incidir a norma, surgindo, assim, o fato jurídico. Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser de duas espécies: fatos da natureza ou atos humanos, caracterizados esses últimos por exteriorizarem uma vontade humana. Os fatos da natureza, quando ingressam no mundo jurídico, em razão da incidência normativa, configuram fatos jurídicos *stricto sensu*. Os atos

impair the obligation of contracts, que veda apenas a retroatividade que atinja o direito adquirido. *Ibid.*, p. 153-154.

³²² FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 286.

³²³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 547.

³²⁴ Também o art. 16 da Constituição de 1988 acolhe a teoria objetivista no campo do processo eleitoral.

que manifestam vontade humana tornam-se atos jurídicos quando sofrem a incidência da norma que os prevê.³²⁵

Os fatos jurídicos em sentido amplo dividem-se em fatos jurídicos em sentido estrito, em atos jurídicos, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos. Os fatos, atos, atos-fatos e negócios jurídicos, quando aperfeiçoados, produzem efeitos, entre os quais está o surgimento de um direito. Ou seja, aperfeiçoado o fato ou o ato, ele produz efeitos jurídicos, entre os quais o direito adquirido. O direito adquirido é, portanto, efeito do ato. Isso implica dizer que a Constituição protege tanto o fato (como o ato jurídico) quanto seu efeito.³²⁶

Igualmente, a coisa julgada gera direitos. Nesse sentido, a coisa julgada é um fato jurídico *lato sensu*. A Constituição não está a proteger os fatos jurídicos em sentido estrito nem os atos-fatos; a proteção, literalmente falando, abrangeria apenas os atos jurídicos e a coisa julgada. Mas a Constituição protege também o direito adquirido, que integra uma relação jurídica, sendo uma consequência eficaz e decorrendo necessariamente de um fato jurídico, seja ele qual for. Não há direito adquirido sem relação jurídica e nem relação jurídica sem fato jurídico, razão pela qual bastaria haver a previsão de proteção constitucional ao direito adquirido. O destaque à coisa julgada denota a preocupação com a estabilidade da decisão judicial, de modo a evitar a reapreciação de questão já julgada definitivamente. Portanto, arremata Leonardo Carneiro da Cunha, “a Constituição protege os efeitos de todos os fatos jurídicos, oriundos da coisa julgada e de qualquer outro fato jurídico”.³²⁷

Assim sendo, parece haver certa redundância na menção ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada ao lado do direito adquirido no texto constitucional, pois o ato jurídico perfeito é apenas uma das causas geradoras do direito adquirido, assim como o são os fatos jurídicos, de que não participa a vontade humana, os quase-delitos, os delitos e a própria coisa julgada.³²⁸

Contudo, como não devem existir palavras ou expressões inúteis na lei, pode-se dizer que a referência na Constituição ao ato jurídico perfeito visa a proteger o ato quanto à sua forma, e não ao seu conteúdo. Desse modo, o ato jurídico perfeito é aquele regularmente formado, em conformidade com a legislação de regência, e, portanto, apto a gerar um direito adquirido de conteúdo material ou processual. Por sua vez, a menção à coisa julgada justifica-se apenas para

³²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 14-15.

³²⁶ *Ibid.*, p. 15.

³²⁷ *Ibid.*, p. 15.

³²⁸ Nesse sentido, cf. também FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 438-442.

indicar que a *res iudicata* é uma modalidade de causa geradora do direito adquirido produzida exclusivamente em um processo judicial, revestindo-se, assim, de natureza jurisdicional.

O art. 5º, XXXVI, da Constituição, ao assegurar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, não esclarece qual é a eficácia inerente às leis. Ele apenas as proíbe de atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (teoria subjetiva), mas não indica expressamente qual é o efeito temporal ínsito que elas produzem ao entrarem em vigor.

É o art. 6º da LINDB que estipula que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

O efeito imediato significa que as novas leis, ainda quando não expressas, incidem e repercutem sobre as partes posteriores dos *facta pendencia*, ressalvado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A retroatividade, por sua vez, é sempre excepcional e depende de regra expressa que confira à lei essa eficácia. Contudo, ressalvada a lei penal mais benéfica, o efeito retro-operante também encontra limite no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada.³²⁹

Como é cediço, há três espécies de retroatividade: a máxima, a média e a mínima. A retroatividade máxima opera quando a nova lei desfaz atos já praticados; a média, quando a nova lei regula os efeitos de atos já praticados, atingindo, inclusive, os seus efeitos pendentes; a mínima, quando a lei nova alcança apenas efeitos futuros de atos já praticados.

No que concerne à sucessão no tempo de Constituições (levada a efeito pelo poder constituinte originário) e de emendas constitucionais (implementadas por obra do poder constituinte derivado), o STF já afirmou que “a eficácia imediata da Constituição só alcança os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima) e não os fatos consumados no passado (retroatividade máxima)”.³³⁰

No campo do direito processual constitucional, isso comumente é verificado quando ocorrem alterações de regras constitucionais estabelecidas de competência jurisdicional, cuja entrada em vigor, via de regra, implica a remessa imediata dos feitos pendentes de julgamento perante a instância originária ao novo juízo ou órgão competente, com aproveitamento total dos atos processuais já praticados.³³¹

³²⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 424.

³³⁰ STF, Primeira Turma, AI 137.195 AgR, rel. Min. Moreira Alves, j. 31.10.1995, DJ 17.05.1996.

³³¹ STF, Tribunal Pleno, CC 7.204, rel. Min. Carlos Britto, j. 29.06.2005, DJ 09.12.2005.

Interessante exemplo ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, que criou o STJ e, por conseguinte, subtraiu do STF a competência para processar e julgar recursos versando sobre alegações de violação das leis federais. Ao apreciar um recurso extraordinário relativo a essa matéria, o STF assentou que

Com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, os recursos extraordinários se transformaram "ipso iure" em recursos especiais, mas essa transformação, que apenas implicou mudança de competência para julgar os recursos anteriormente interpostos, não importou a desconstituição da preclusão da matéria infraconstitucional já ocorrida anteriormente por falta de arguição da relevância da questão constitucional. Não há dúvida de que a Constituição se aplica de imediato, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), como sucede com a alteração da competência, mas, a menos que o declare expressamente, não desconstitui os fatos consumados no passado (retroatividade máxima), como é o caso da preclusão já ocorrida anteriormente.³³²

Ademais, o STF admite que, havendo previsão expressa, é possível conferir retroatividade máxima ou média aos dispositivos constitucionais, de modo a alcançar fatos já consumados ou efeitos já produzidos, oriundos desses fatos.³³³

Igualmente, no âmbito do direito previdenciário, a jurisprudência do STF é pacífica em conferir eficácia retroativa mínima às alterações nos regimes jurídicos previdenciários (RPPS e RGPS) promovidas por emendas à Constituição, admitindo, *v.g.*, que alterações no valor do teto dos benefícios produza efeitos em relação àqueles concedidos antes da promulgação da emenda que os instituiu.

No Recurso Extraordinário 937.595, o STF firmou a seguinte tese para efeitos de repercussão geral:

[...] os benefícios concedidos entre 05.10.1988 e 05.04.1991 (período do buraco negro) não estão, em tese, excluídos da possibilidade de readequação segundo os tetos instituídos pelas EC's nº 20/1998 e 41/2003, a ser aferida caso a caso, conforme os parâmetros definidos no julgamento do RE 564.354, em regime de repercussão geral.³³⁴

Até mesmo na esfera do direito penal, o STF outorgou retroatividade mínima a dispositivos constitucionais originários. A corte ratificou a incidência do art. 15, III, da Constituição de 1988, que determina a suspensão dos direitos políticos em casos de condenação

³³² STF, Primeira Turma, RE 136.926, rel. Min. Moreira Alves, j. 16.11.1993, DJ 15.04.1994.

³³³ STF, Primeira Turma, AI 258.337 AgR, rel. Min. Moreira Alves, j. 06.06.2000, DJ 04.08.2000; STF, Primeira Turma, AI 248.696 AgR, rel. Min. Moreira Alves, j. 16.11.1999, DJ 17.12.1999; STF, Primeira Turma, RE 161.320, rel. Min. Moreira Alves, j. 25.08.1998, DJ 04.12.1998.

³³⁴ STF, Tribunal Pleno, RE 937.595, rel. Min. Roberto Barroso, j. 02.02.2017, DJe 15.05.2017.

No mesmo sentido: STF, Tribunal Pleno, RE 564.354, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 08.09.2010, DJe 14.02.2011.

transitada em julgado – espécie de efeito genérico da sentença penal condenatória não previsto nos arts. 91 e 92 do Código Penal – a fatos criminosos praticados antes da sua promulgação.³³⁵

Já na seara da legislação infraconstitucional, há muito tempo, o STF estabeleceu que “o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”.³³⁶

Destarte, por força da garantia vazada no art. 5º, XXVI, da Constituição, a lei não goza de qualquer grau de retroatividade (mínima, média ou máxima). É dizer: a lei nova tem aplicação imediata, produzindo efeitos *ex nunc*, não repercutindo sobre os atos jurídicos já praticados e os fatos jurídicos já consumados; ela não os atinge, não alcança os seus efeitos passados, pendentes ou futuros.

Em outras palavras, em sede infraconstitucional, o princípio *tempus regit actum* encontra máxima aplicação, tanto na esfera do direito material quanto do processual.

Ilustrativamente, o direito previdenciário é fecundo em exemplos de aplicação desse destacado brocardo.

Com fundamento no princípio *tempus regit actum*, a jurisprudência do STF não admite, v.g., pretensões de revisão da renda mensal inicial de benefícios já concedidos com fundamento em lei posterior mais benéfica.³³⁷

Outrossim, conforme se verá mais detalhadamente no capítulo 4, esse princípio também norteia a aplicação das normas jurídicas no âmbito do direito processual civil.

É o que se dá, por exemplo, no terreno dos recursos e da remessa necessária. A superveniência de nova lei processual não afeta os recursos já apresentados nem regula os pressupostos de cabimento recursal (como o prazo de interposição ou a exigência de preparo) concernentes a decisões proferidas antes de sua entrada em vigor, conforme orientação pacífica do STF³³⁸ e do STJ.³³⁹

Por fim, tendo em vista que, assim como os demais direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, XXXVI, da Constituição é interpretado como uma cláusula de proteção instituída em favor dos particulares em face do Estado, em prol da segurança jurídica daqueles³⁴⁰, não há

³³⁵ STF, Primeira Turma, RE 418.876, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.03.2004, DJ 04.06.2004.

³³⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 493, rel. Min. Moreira Alves, j. 25.06.1992, DJ 04.09.1992.

³³⁷ STF, Tribunal Pleno, RE 613033 RG, rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/04/2011, DJe 08.06.2011.

³³⁸ É antigo o entendimento no STF de que o cabimento do recurso é disciplinado pela lei vigente quando da prolação da decisão. Cf. “AGRAVO DE PETIÇÃO. RECURSO EXTINTO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REGULA O CABIMENTO DO RECURSO A LEI VIGENTE AO TEMPO DA DECISÃO RECORRIDA. [...] (STF, Primeira Turma, RE 78.057, rel. Min. Luiz Gallotti, j. 05.03.1974, DJ 29.03.1974).

³³⁹ STJ, Corte Especial, REsp 1.144.079/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.03.2011, DJe 06.05.2011.

³⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 169-170.

óbice constitucional à edição de leis retroativas, desde que haja disposição legal expressa que lhes confira essa eficácia e desde que a retroação seja benéfica ou não agrave a situação jurídica protegida pelo direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.³⁴¹

Com base nesse entendimento, o STF editou a Súmula 654 que prevê que “a garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”. Se o próprio Estado editou uma lei expressamente retroativa que, de qualquer modo, lhe seja gravosa é porque, por liberalidade ou graciosidade, abriu mão de sustentar uma situação jurídica que lhe era mais favorável.

Enfim, pode-se afirmar que, no sistema jurídico brasileiro atual, a regra geral é a eficácia imediata, prospectiva das leis, respeitado, quando for o caso, o período de *vacatio legis*. De modo que a atribuição de efeito retroativo às leis cíveis *lato sensu*, apesar de possível e condicionada à existência de disposição legal expressa, e ressalvada a situação do próprio ente estatal editor da lei, encontra obstáculo intransponível na garantia constitucional de inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, insculpida no art. 5º, XXXVI, da Constituição.

2.4.1.2 A (ir)retroatividade das leis interpretativas

As leis ditas interpretativas são aquelas emanadas do mesmo órgão legislativo que editou a lei interpretada. Trata-se, pois, de espécie de interpretação autêntica levada a cabo pelo legislador, geralmente por meio da conceituação de institutos para fins jurídicos³⁴², da delimitação do sentido de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados³⁴³ ou, ainda, da equiparação de elementos ou tipos normativos³⁴⁴, que se destinam a orientar a aplicação da regra interpretada.

³⁴¹ STF, Tribunal Pleno, ADI 605 MC, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.10.1991, DJ 05.03.1993.

³⁴² v.g. Lei 8.629/1993 (Reforma Agrária): Art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se: I- Imóvel Rural - o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial; II - Pequena Propriedade - o imóvel rural: a) de área até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento; Código Penal: Art. 327, *caput*: Considera-se *funcionário público*, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

³⁴³ Lei 8.213/1991 (Benefícios da Previdência Social): Art. 11, § 1º: Entende-se como *regime de economia familiar* a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes

³⁴⁴ CPC/2015: Art. 835, § 2º: Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento; Código Penal: Art. 155, §3º (crime de furto): § 3º. Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Como é cediço, parcela da doutrina clássica, apoiada em determinadas disposições legais, como o art. 106, I, do CTN, sustenta que as leis interpretativas, por não representarem inovação na ordem jurídica, retroagem.

Quando a regra interpretada e a regra interpretativa entram em vigor concomitantemente – seja porque estão contidas na mesma lei ou porque, ainda que previstas em leis diferentes, ambas começaram a produzir efeitos simultaneamente –, inexistente o problema da sucessão de leis no tempo, eis que não se cogita de retroatividade normativa.

Contudo, situação diversa ocorre quando a lei interpretativa é editada após a lei interpretada, pois aí se põe a questão da sucessão de leis no tempo. Nesses casos, por força de uma ficção legal, muitos consideram que a lei interpretativa pode retroceder à data da vigência da lei interpretada, pois aquela, sob a perspectiva do Direito, nada acrescentaria de novo à ordem jurídica.

A realidade, porém, é que basta o fato de ser interpretativa para que a lei não seja exatamente igual àquela interpretada, pois é em decorrência de alguma obscuridade ou ambiguidade do texto da lei antiga – que pode conduzir a uma gama de interpretações diferentes: judiciais, administrativas ou doutrinárias – que a nova lei, dita interpretativa, é elaborada, tendo por escopo fixar um determinado sentido da lei interpretada³⁴⁵.

Além disso, também se pode pretender sancionar leis autointituladas interpretativas por motivos obscuros e ilegítimos. Pode, assim, ocorrer uma situação em que “os Governos crismam de interpretativo um diploma quando se irritam contra uma aplicação judiciária correta e, de fato, pretendem algo diverso do que os preceitos positivos estabelecem”³⁴⁶.

A rigor, portanto, não há lei nova puramente interpretativa de uma anterior. Toda lei, forçosamente, traz em si algo de novo, pois não se legisla por nada.³⁴⁷ Destarte, as leis interpretativas também não escapam ao preceito insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição.³⁴⁸

Todavia, o verdadeiro problema surge quando uma determinada interpretação, judicial ou administrativa, da lei é substancialmente modificada por uma nova lei autoproclamada interpretativa. Nesse contexto, haveria direito adquirido constituído com base na interpretação

³⁴⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 410.

³⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 57-58.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 57.

³⁴⁸ Ressalvas feitas à retroatividade ilimitada da lei penal interpretativa benigna, por força do art. 5º, XL, da Constituição e à retroatividade limitada (pois não tem o condão de fulminar a coisa julgada) no campo do Direito Tributário sancionatório, em virtude do disposto no art. 106, II, do CTN.

(não autêntica) até então conferida à lei interpretada que a nova lei interpretativa pretende alterar? A resposta é positiva.

Como já mencionado, a presunção de clareza e objetividade inerente a todas as leis não afasta a necessidade de que elas sejam sempre interpretadas no momento de sua aplicação à luz dos fatos que ensejam sua incidência. Já não mais se aceita, sem ignorar a realidade, a validade do princípio *in claris cessat interpretatio*, eis que toda lei, por mais clara e objetiva que seja, carece de interpretação no momento de sua aplicação.

Definida momentaneamente a interpretação correta da lei pelo próprio legislador, pelo Poder Judiciário ou, ainda, em determinados casos, pela Administração Pública, diversas outras alternativas interpretativas viáveis são temporariamente eliminadas; o conteúdo do Direito é concentrado e, então, dá-se o fenômeno da incidência normativa, gerando, modificando ou extinguindo relações jurídicas e, conseqüentemente, a aquisição, modificação ou extinção de direitos e obrigações, que não podem ser tocados por uma nova lei interpretativa.³⁴⁹ Assim, modificada posteriormente a interpretação da lei, muda-se o próprio Direito, surgindo Direito novo, que não pode retroagir para desconstituir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.³⁵⁰

A propósito, o STF e o STJ apreciaram interessantíssima questão relacionada ao início do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Ao estipular que “para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 da referida Lei”, o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 modificou radicalmente a interpretação do art. 168, I, do CTN, há muito sedimentada no STJ, no sentido de que a extinção do crédito tributário ocorria no momento da homologação, expressa ou tácita, do pagamento, o que, na prática – uma vez que, na grande maioria dos casos, a homologação ocorre de forma tácita – fazia com que o prazo para o contribuinte pleitear

³⁴⁹ Se, por exemplo, a lei nova, dita interpretativa, apenas corroborar a interpretação judicial da lei antiga assentada pelo STJ, órgão competente para interpretá-la definitivamente, não haverá alteração conceitual ou solução de continuidade normativa. Nestes casos, segundo julgados do STJ, a lei nova não pode ser considerada gravosa para fins penais. Cf.: STJ, Sexta Turma, REsp 1.578.479/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. p/ acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, j. 02.08.2016, DJe 03.10.2016; STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1.710.131/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08.02.2018, DJe 21.02.2018.

³⁵⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 412; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. v. 1, 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 146.

judicialmente eventual repetição de indébito fosse de dez anos (teoria dos cinco mais cinco). Assim, a partir da vigência da LC 118/2005, nos casos de tributos lançados por homologação tácita, o prazo prescricional foi reduzido de dez para cinco anos.

Por sua vez, o art. 4º da LC 118/2005, ao dispor sobre sua vigência, estipulou o seguinte: “esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”. O art. 106, I, do CTN determina que a “lei aplica-se a ato ou fato pretérito em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados”.

Como se nota, ao invocar a aplicação do art. 106, I, do CTN, a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005 visava a conferir eficácia retroativa ao art. 3º do CTN e, por isso, foi declarado inconstitucional; primeiramente, pela Corte Especial do STJ³⁵¹, por ofensa ao princípio da separação dos poderes e à garantia do direito adquirido; posteriormente, pelo Plenário do STF, que asseverou que:

[...] a aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.
352

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, o STF considerou válida a aplicação do novo prazo de cinco anos exclusivamente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias previsto em sua parte inicial.³⁵³

2.4.2 Sucessão de decisões administrativas no tempo: mudanças na interpretação da legislação pela administração pública

Conforme lembra Wilson de Souza Campos Batalha, os atos normativos em geral, como regulamentos, instruções e as decisões dos órgãos administrativos a que a lei atribui eficácia normativa apresentam problemas análogos aos das leis, no que tange à sua eficácia temporal.

³⁵¹ STJ, Corte Especial, AI nos EREsp 644.736/PE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.06.2007, DJ 27.08.2007.

³⁵² STF, Tribunal Pleno, RE 566.621, rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.08.2011, DJe 10-10-2011.

³⁵³ Nesse julgado, objeto do tema 4, o STF estabeleceu a seguinte tese para efeito de repercussão geral: “é inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, de modo que, para os tributos sujeitos a homologação, o novo prazo de 5 anos para a repetição ou compensação de indébito aplica-se tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”.

E, embora estejam hierarquicamente subordinados às leis, esses atos e decisões têm validade como normas jurídicas, cuja aplicação há que se ater às mesmas regras pertinentes à sucessão de leis no tempo.³⁵⁴

Não se pode olvidar que os atos administrativos, gerais ou concretos, orientam-se pelo valor segurança jurídica e, portanto, como regra geral, devem submeter-se aos princípios da irretroatividade e da proteção da confiança, este corolário daquele.

Não à toa, explica Valter Shuenquener de Araújo, o princípio da proteção da confiança teve sua raiz nos atos praticados pelo Poder Executivo no exercício da função administrativa, justamente porque é na gestão da coisa pública que o Estado tem mais condições de afetar as expectativas dos particulares. Em virtude da veloz propagação de seu emprego no âmbito da Administração Pública, o princípio da proteção da confiança gradualmente passou a ser utilizado para proteger o particular perante atos dos demais poderes.³⁵⁵

Por serem dotados de presunção de legitimidade e veracidade, os atos administrativos são capazes de gerar confiança em seus destinatários. Por isso mesmo, aquele que crê na validade de um ato administrativo deve receber uma adequada proteção do ordenamento jurídico.³⁵⁶ Os atos normativos funcionam, assim, “como instrumentos garantidores de segurança de orientação e, precisamente por isso, não podem deixar de proteger a confiabilidade inerente ao seu próprio funcionamento”.³⁵⁷

Destarte, embora a Administração Pública, no exercício das suas funções, goze de alguma liberdade para conformar as leis, tem ela o dever de respeitar as expectativas legítimas dos particulares oriundas da edição de atos normativos gerais ou de efeitos concretos, de sorte que a sua atuação não pode comprometer a confiança que o particular depositou no Estado.³⁵⁸

359

³⁵⁴ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 51.

³⁵⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 167.

³⁵⁶ *Ibid.*, 167.

³⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 465.

³⁵⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 170.

³⁵⁹ STF, Tribunal Pleno, RE 598.099, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.08.2011, DJe 30.09.2011. Esse *leading case* em matéria de concurso público goza de grande importância no que tange à aplicação dos princípios da segurança jurídica, em geral, e da proteção da confiança, em particular. Nesse precedente, ao mesmo tempo em que o STF reconheceu, com base na proteção da confiança, o direito subjetivo dos candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital à nomeação, ressaltou situações excepcionalíssimas, supervenientes à publicação do edital, em que o direito à nomeação pode ser mitigado, em prol de um interesse público de cunho extraordinário, pela Administração Pública. O STF efetivou uma interessante ponderação de valores, fundada no princípio da proporcionalidade entre os interesses individuais dos particulares e os interesses gerais do Estado.

Aliás, como lembra Humberto Ávila, em circunstâncias excepcionais, mesmo os atos ilícitos são dignos de tutela pelo princípio da proteção da confiança. Inicialmente, adotando a perspectiva do Estado, enraizada nos princípios da legalidade estrita e da prevalência do interesse público sobre o privado, a doutrina e a jurisprudência sustentavam que um ato contrário à lei não poderia produzir qualquer efeito. No entanto, essa visão dogmática clássica, consubstanciada nas Súmulas 346 e 473 do STF, paulatinamente cedeu espaço para um exame da questão baseado também na perspectiva do cidadão.³⁶⁰

Com o passar do tempo, evidenciou-se que, de fato, a revisão dos atos administrativos deveria levar em conta elementos como a confiança e a boa-fé do administrado, a serem sopesados com os princípios da legalidade estrita e da prevalência do interesse público, mediante ponderação dos interesses colidentes do Estado e do particular diante do caso concreto.³⁶¹

A própria noção de Estado de Direito justifica a proteção daqueles que utilizam o Direito como fundamento para o planejamento de suas ações e que acreditam nas condutas da Administração Pública, ainda mais considerando que os atos que ela pratica são, comumente, necessários para orientar a si mesma e aos particulares, notadamente em razão da indeterminação legal e da carência de uniformização administrativa.³⁶²

Com efeito, dada a imperiosa necessidade de promover a segurança jurídica e de tutelar a confiança justificada, o legislador cuidou de restringir a aplicação retroativa de atos e de decisões normativas administrativas na esfera do Poder Executivo. Tal preocupação, em verdade, não é nova no país.

O Código Tributário Nacional, editado em 1966, traz algumas importantes regras relacionadas à sucessão da legislação tributária no tempo, que compreende não só as leis, os tratados e as convenções internacionais, mas também os decretos e as demais normas complementares que versem sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes, tais como “os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas”, “as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa” e “as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas” (arts. 96 e 100 do CTN).

O art. 105 do CTN preconiza que “a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes”, evidenciando que são dotados de eficácia imediata

³⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 460.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 461.

³⁶² *Ibid.*, p. 461-462.

não somente os atos normativos primários, mas também os atos regulamentares, as decisões administrativas monocráticas ou colegiadas e até mesmo os costumes de natureza tributária.

Por sua vez, o art. 146 do CTN estabelece que:

Art. 146. A *modificação* introduzida, de ofício ou em consequência de *decisão administrativa ou judicial*, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, *quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução*.

Esse dispositivo revela uma importante regra de direito intertemporal, especificamente relacionada a modificações de critérios jurídicos atinentes ao lançamento tributário. Em virtude dessa regra, uma vez aperfeiçoado, o lançamento torna-se imodificável em razão de posterior mudança na interpretação da legislação tributária realizada pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

Por isso, conforme defende o STJ³⁶³, o art. 146 do CTN, na medida em que veda a revisão do lançamento tributário em decorrência de mudanças no critério jurídico adotado pelo Fisco, consubstancia concretização do princípio da proteção da confiança.

Mister ainda destacar que, no voto condutor desse acórdão e em sua ementa, fazendo referência à doutrina de Sacha Calmon Navarro Coêlho, a corte deixou consignado que:

[...] entre nós, os critérios jurídicos (art. 146, do CTN) reiteradamente aplicados pela Administração na feitura de lançamentos têm conteúdo de precedente obrigatório. Significa que tais critérios podem ser alterados em razão de decisão judicial ou administrativa, mas a aplicação dos novos critérios somente pode dar-se em relação aos fatos geradores posteriores à alteração.³⁶⁴

Já no final do século XX, o legislador ordinário editou uma relevante regra geral de direito intertemporal disciplinando a sucessão de interpretações de normas administrativas no tempo, não restritas apenas à legislação tributária. Trata-se do art. 2º, parágrafo único, I e XIII, da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o qual dispõe que:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

³⁶³ STJ, Primeira Seção, REsp 1.130.545/RJ, rel. Min Luiz Fux, j. 09.08.2010, DJe 22.02.2011. Cf.: Súmula 227 do Tribunal Federal de Recursos, que dispõe que “a mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento”.

³⁶⁴ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 708.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

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.

O princípio da segurança jurídica foi textualmente arrolado como um dos vetores norteadores da atuação de toda a Administração Pública Federal – e não apenas do Fisco –, fornecendo o fundamento jurídico-filosófico para justificar a proibição expressa de aplicação retroativa de novas interpretações das normas administrativas em geral no âmbito da União.

Igualmente digna de nota é a determinação legal de que a atuação da Administração Pública seja pautada não somente em conformidade com a lei, mas também com o Direito, o que faz transparecer que, na visão do próprio legislador, o Direito não se restringe à lei, na linha do que sustentado neste trabalho.

Finalmente, o legislador ordinário, por meio da Lei 13.655/2018, recentemente promoveu expressivas mudanças concernentes à interpretação e à aplicação do direito público, acrescentando à LINDB os arts. 20 a 30. Essa lei, segundo explica o professor Floriano de Azevedo Marques Neto, um dos seus autores intelectuais, “têm como objetivo explícito reforçar a segurança jurídica num quadro de incerteza e de mudança permanente”.³⁶⁵

As mais importantes regras relacionadas à eficácia vinculante de decisões administrativas e ao direito intertemporal estão estampadas nos arts. 23, 24 e 30 da LINDB, que assim dispõem:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

³⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 98.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

De acordo com Marques Neto, o art. 23 da LINDB positiva um poder-dever de estipulação de um regime de transição, consistente na modulação dos efeitos de decisão que estabelece nova interpretação de preceitos legais ou, em outras palavras, no diferimento temporal da aplicação de superveniente orientação jurídica oriunda de órgão ou entidade da própria Administração Pública, direta ou indireta, ou do Poder Judiciário.³⁶⁶

Destarte, em prol da segurança jurídica, o art. 23 da LINDB colima impedir mudanças drásticas, “cavalos-de-pau hermenêuticos”, impondo que o agente, órgão ou ente emissor da nova interpretação jurídica preveja, no mesmo ato, um regime de transição que module temporalmente a eficácia da nova interpretação e, ainda, se necessário, que distribua os ônus e consequências dela derivados com base em critérios de proporcionalidade, equidade e eficiência, mediante a ponderação dos interesses individuais e gerais envolvidos.^{367 368}

A seu turno, o art. 24 da LINDB traz nova disciplina relativa à teoria das nulidades dos atos administrativos, proibindo que “com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas” e estabelecendo, em seu parágrafo único, o conceito legal de orientações gerais.

Dessa nova regra emerge importante manifestação do princípio da segurança jurídica, sob a vertente da proteção da confiança, que impede que deliberações administrativas sejam anuladas com base em posterior mudança de interpretação acerca do Direito vigente³⁶⁹, implementadas pelo próprio órgão editor da decisão, por órgãos de controle administrativo ou pelo Poder Judiciário (*overruling*).

Com efeito, subjaz ao texto do art. 24 a ideia da irretroatividade da norma³⁷⁰, incorporada, há muito, na própria LINDB, em seu art. 6º, que prevê que a lei em vigor terá

³⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 106.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 107-108.

³⁶⁸ À luz da nova legislação, mais do que nunca, mostra-se de todo recomendável a reedição pelo TCU do enunciado 105 da súmula de sua jurisprudência, que assim dispunha: “A modificação posterior da Jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior”. Esse enunciado foi revogado em 2003 pelo Acórdão 1306/2003 (TCU, Plenário).

³⁶⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 113.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 116-117.

“efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Consagra-se, assim, por intermédio do art. 24 da LINDB, uma espécie de técnica de “declaração de irregularidade sem pronúncia de invalidade” à semelhança do que já ocorre em outros ramos do Direito – como na declaração de inconstitucionalidade de uma lei sem pronúncia de nulidade do direito constitucional ou na conservação dos efeitos de atos, fatos ou negócios jurídicos ilegais existentes no direito civil³⁷¹, conforme se passa nas hipóteses de tutela da propriedade aparente ou de casamento putativo.

Já o art. 30 da LINDB consubstancia o poder-dever de criação de precedentes administrativos *lato sensu* – mormente quando emanados de órgãos colegiados³⁷² – cujos principais desdobramentos podem ser sintetizados na obrigação de respeito a essas decisões por parte do próprio órgão ou entidade que a editou (autovinculação ou eficácia horizontal) e daqueles hierarquicamente inferiores (eficácia vertical) e na estabilização institucional da interpretação normativa manifestada na decisão, além de reforçar a proibição ao *venire contra factum proprium*.³⁷³

Desse modo, esses “precedentes vinculantes administrativos” incrementam a confiança dos cidadãos nas decisões, de cunho geral e individual, tomadas pelos gestores públicos. Isso porque, a partir da vigência da nova lei, as interpretações estampadas em suas decisões vinculantes, mais do que nunca, passam a nortear fortemente a conduta dos administrados em suas incontáveis relações com o Estado-administrador, os quais terão ainda mais motivos – além da presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos – para crer que a Administração Pública, provocada ou de ofício, necessariamente aplicará seus precedentes de observância obrigatória.³⁷⁴

³⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Por uma sistematização da recente mudança da LINDB pela Lei nº 13.655/2018. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 7, n. 18, mai./ago. 2018, p. 21.

³⁷² Tal como sucede em diversas agências reguladoras, como a Agência Nacional do Petróleo (ANP), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), e, ainda, em “tribunais administrativos”, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), Conselho de Recursos da Previdência Social, (CRPS), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e os Tribunais de Contas da União e dos Estados.

³⁷³ MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 247.

³⁷⁴ Assim, com a vinculatividade das decisões administrativas prevista em texto expresso de lei e com o recrudescimento da confiança nelas depositada pelos cidadãos, supera-se, de vez, o principal argumento contrário à modulação temporal das decisões administrativas. A propósito, referindo-se ao direito tributário, antes da edição da Lei 13.655/2018, Humberto Ávila ressalta que “a principal objeção que pode ser levantada relativamente à proteção da confiança frente aos atos normativos diz respeito à sua falta de vinculatividade: como no Direito Tributário vigora o princípio da legalidade, os atos provenientes da Administração possuiriam função meramente

Por essa razão, dado o substancial incremento na confiança e na previsibilidade dos cidadãos quanto aos atos do Poder Público, a mudança de interpretação da norma administrativa contida em precedentes administrativos obrigatórios há de ter efeitos *ex nunc*, uma vez que “pela própria aplicação do princípio da segurança jurídica, não se pode admitir a eficácia retroativa de mudança de orientação administrativa, ainda mais sem a observância do postulado da proporcionalidade”.³⁷⁵

Por fim, mais recentemente, o legislador editou outra importante regra relacionada ao tema. Trata-se do art. 3º, IV, da Lei 13.874/2019, que instituiu a Lei da Liberdade Econômica, arrolando, entre os direitos das pessoas físicas e jurídicas no âmbito de suas relações econômicas, o de receber dos órgãos e entidades públicas tratamento isonômico no que concerne aos atos de “liberação de atividade econômica”, direito esse assegurado pela proibição de que um novo critério interpretativo adotado pela Administração Pública seja aplicado retroativamente.

2.4.3 Sucessão de decisões judiciais no tempo: mudanças na interpretação da legislação pelo Poder Judiciário

2.4.3.1 A natureza e a eficácia das decisões judiciais

Toda decisão judicial, como ato estatal imperativo que é, tem vocação inata para produzir efeitos.³⁷⁶

A eficácia subjetiva ou objetiva das decisões judiciais pode ser encarada sob diversos enfoques: a partir da análise da intensidade da sua estabilidade (ocorrência ou não do trânsito em julgado), da profundidade da cognição exercida (sumária ou exauriente), da autoridade do órgão que a profere ou do procedimento adotado e, ainda, conforme a natureza das diferentes espécies de sentença de mérito.

Como se sabe, a prolação da sentença de mérito é o ponto culminante do processo de conhecimento, por meio do qual o juiz decide as demandas contrapostas das partes.³⁷⁷

Com efeito, do ponto de vista da eficácia material, a natureza da sentença dependerá das espécies de pretensões levadas a juízo pelas partes.

secundária e vinculada à lei. Desse modo, quem confia em um ato normativo saberia ou deveria saber que o ato não merece confiança e, sendo assim, não pode futuramente alegar frustração da confiança caso seja aquele considerado ilegal”. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 463.

³⁷⁵ Ibid., p. 466.

³⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 207.

³⁷⁷ Ibid., p. 194-195.

Se a pretensão deduzida for exclusivamente declaratória, isto é, se o pedido formulado consistir tão somente no acerto do direito controvertido, a fim de que seja eliminado um estado de incerteza a respeito da existência ou da inexistência de uma determinada relação jurídica, ou de seu modo de ser, a sentença terá natureza igualmente declaratória. É o caso da pretensão de reconhecimento de tempo de serviço prestado ao empregador, pessoa física ou jurídica, para fins previdenciários.³⁷⁸

Se a demanda veiculada visar a constituir, modificar ou extinguir uma situação ou relação jurídica, a sentença será constitutiva, como, v.g, a que anula um crédito previdenciário inscrito em dívida ativa ou a que decreta a interdição de uma pessoa incapaz ou a falência de uma companhia insolvente.

Se a pretensão manifestada consistir na condenação ao cumprimento de uma prestação obrigacional (de natureza legal ou contratual), a sentença será condenatória, tal como a que determina que o Estado pague os proventos decorrentes de benefícios previdenciários a que faz jus o segurado ou a que condena o inquilino a pagar os aluguéis em atraso ao proprietário do imóvel.³⁷⁹

Evidentemente, nos casos em que a parte apresentar cumulativamente pretensões declaratória, constitutiva ou condenatória, o provimento jurisdicional contido na respectiva sentença terá essa mesma natureza – devendo reservar um capítulo decisório para a análise de cada pretensão, que há de se refletir em seu dispositivo – e, por conseguinte, produzirá os efeitos (declaratórios, constitutivos e condenatórios) que lhes são reservados pelo direito material e que serão restritos, ainda, aos limites objetivos da lide.

Conforme assevera Cândido Rangel Dinamarco, a utilidade social institucionalizada no conteúdo declaratório contido em toda sentença é conferir certeza ao Direito, eis que “a incerteza é fonte de insegurança e desacertos no giro dos negócios e em todos os aspectos da vida em sociedade”.³⁸⁰

Por isso, invariavelmente, toda e qualquer sentença de mérito – seja qual for a natureza da pretensão deduzida em juízo – é revestida de uma declaração acerca da existência ou da

³⁷⁸ STJ, Súmula 242, *in verbis*: “cabe ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários”.

³⁷⁹ Há ainda as sentenças mandamentais e executivas, que, para a doutrina clássica, são espécies de sentenças condenatórias, às quais se agrega um comando imperativo a ser cumprido sob pena de sanção. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 200. Já para a doutrina moderna, o comando imperativo, assim como a coerção da vontade do réu, faz das sentenças mandamentais e executivas espécies distintas das condenatórias, que, na concepção processual liberal, eram aquelas que apenas abriam oportunidade para a execução por expropriação. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. V. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 478.

³⁸⁰ DINAMARCO, op. cit., p. 219.

inexistência de uma relação jurídica – seja um direito ou uma obrigação – ou apenas de um ou de alguns de seus elementos, como a identificação do devedor ou do valor devido.³⁸¹

No Brasil, no atual estágio de desenvolvimento do Direito, guiado pela Constituição de 1988, a certeza que se busca com o acerto das relações jurídicas não interessa apenas às partes do processo em que lançada a sentença solucionadora da lide.

É justamente o conteúdo declaratório de determinadas sentenças proferidas pelos tribunais superiores – de seus precedentes – que possui aptidão para orientar a sociedade em todos os aspectos da vida, não apenas no giro de seus negócios, mas também no âmbito de suas relações afetivas mais íntimas, como aquelas decorrentes do direito das famílias.

Sendo assim, a questão travada entre A e B sobre o acerto do direito controvertido entre eles, quando levada ao STF, ao STJ ou a outro tribunal superior, pelas vias recursais adequadas, transcende aos interesses individuais desses litigantes.

Isso porque toda a sociedade tem interesse em “conhecer objetivamente o Direito”, tal como delineado pelos tribunais superiores, a partir da resolução do litígio entre A e B. Direito esse que acertará – que tornará certo – o modo de ser e os efeitos de todas as situações ou relações jurídicas substancialmente idênticas, propiciando a todos segurança-cognoscibilidade, calculabilidade e previsibilidade, no que concerne às ações que realizam e aos negócios que celebram, e isonomia, de sorte que a casos iguais sejam dadas soluções iguais.

Portanto, consoante salienta Arruda Alvim, os pronunciamentos dos tribunais superiores, ao fixarem a correta inteligência do Direito, tornando-o certo, “exorbitam do interesse das partes, projetando-se para toda a sociedade a verdade do seu entendimento e nesta influenciando”.³⁸²

Com efeito, como bem acentua Teori Albino Zavascki, os acórdãos proferidos pelos tribunais superiores “têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto”³⁸³, condizente com as funções nomofilática e paradigmática que desempenham.³⁸⁴

Por isso, esses acórdãos se “revestem de eficácia especial e qualificada, cujos tentáculos ultrapassam a limitada esfera dos interesses individuais dos figurantes da relação processual,

³⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 219.

³⁸² ARRUDA ALVIM. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, a. 24, n. 96, out./dez.1999, p. 37.

³⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 26.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 42-43.

para atingir âmbito subjetivo universal (*erga omnes*)”, passando a “assumir força subordinante e vinculativa em relação aos demais casos semelhantes”.³⁸⁵

Em resumo, é o conteúdo declaratório dos precedentes oriundos dos tribunais superiores, exteriorizado mediante a proclamação solene de uma tese jurídica acertadora do Direito, que tem vocação expansiva, *erga omnes* ou *ultra partes*. É a eficácia declaratória do precedente que goza de força vinculante.

Noutro grito, as decisões judiciais podem ser encaradas sob a perspectiva de sua eficácia temporal. Do ponto de vista analítico, os efeitos temporais das decisões judiciais podem ser de três espécies: *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*.

Ab initio, a compreensão desses diferentes tipos de eficácia requer sejam discernidos dois momentos temporais: a data em que os fatos materialmente relevantes aconteceram e a data em que a decisão judicial foi proferida³⁸⁶ ou publicada.³⁸⁷

A decisão judicial tem eficácia *ex tunc* quando produz consequências em relação a fatos que ocorreram antes do julgamento. A sentença repercute em eventos passados, sendo a norma pretoriana nela estampada considerada o Direito em vigor na data em que ocorreram os fatos. Nesse sentido, dizer que uma decisão tem efeito *ex tunc* significa que ela possui eficácia retroativa (*retroactive effect*), retrospectiva (*retrospective effect*) ou declaratória (*declaratory effect*).³⁸⁸

De outro lado, a decisão goza de eficácia *ex nunc* quando atribui consequências jurídicas a fatos ocorridos após a sua prolação ou sua publicação. Destarte, a lei anulada – no caso do controle de constitucionalidade – ou a norma jurisprudencial revogada – no caso de *overruling* – continua a reger os eventos ocorridos antes do julgamento que promoveu tais mudanças. A nova norma pretoriana – sua *ratio decidendi* – aplica-se apenas aos fatos ocorridos após a edição do precedente que promoveu o *overruling*. Sob essa perspectiva, eficácia *ex nunc* é sinônimo de efeito imediato.³⁸⁹

A decisão produz efeito *pro futuro* quando a lei anulada ou a norma judicial derogada permanece disciplinando os fatos ou as relações jurídicas já ocorridas e os que se verificarem

³⁸⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 119.

³⁸⁶ POPELIER, Patricia *et al.*. The effect of judicial decisions in time: comparative notes. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 08.

³⁸⁷ Na realidade, como se verá, o que mais importa é a data em que a decisão foi publicada, que é o momento em que ela formalmente passa a existir.

³⁸⁸ POPELIER *et al.*, op. cit., p. 08.

³⁸⁹ É preciso ressaltar, porém, que a expressão eficácia imediata, a depender do seu emprego, pode ser compreendida como a aplicação imediata da nova norma no caso sob julgamento (*instant case* ou *case in point*), hipótese em que a decisão terá efeito *ex tunc* para as partes do processo em apreciação. Nesse sentido, Cf. *Ibid.*, p. 09.

até um determinado momento que venha a ser fixado pelo tribunal. A nova norma pretoriana somente se torna aplicável a fatos praticados após o término do prazo de vigência da decisão anterior.

A atribuição de eficácia *pro futuro* é empregada como técnica modulatória em situações em que o tribunal quer evitar, por exemplo, um vácuo normativo decorrente de uma declaração de inconstitucionalidade, concedendo um prazo para o Poder Legislativo editar uma nova lei, ou, ainda, para, de qualquer outra maneira, proteger a segurança jurídica.³⁹⁰

2.4.3.2 Espécies de modulação temporal realizadas pelo Poder Judiciário

Modular temporalmente os efeitos de um ato normativo significa controlar, manipular, modificar, limitar ou restringir, no tempo, a eficácia que ordinariamente se espera que esse ato produza no ordenamento jurídico.

Os atos passíveis de modulação podem emanar de decisões tomadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cujos efeitos venham a ser limitados no tempo a fim de preservar a eficácia de uma outra decisão anteriormente proferida.

A Administração Pública pode modular os efeitos de suas decisões posteriores que promovem alterações de entendimentos consolidados ou que anulem atos irregulares, como deixam claro os novos dispositivos acrescentados à LINDB, já comentados.

Outrossim, o Poder Judiciário pode modular temporalmente os efeitos de leis, de atos administrativos e, no que mais interessa, de suas próprias decisões. Destarte, o produto normativo das atividades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário pode ser objeto de manipulação temporal, a ser implementada pelos tribunais superiores.

2.4.3.2.1 A modulação dos efeitos da legislação no tempo

O controle de constitucionalidade das leis (atos normativos primários por excelência) em face da Constituição é exercido por tribunais constitucionais – que, em muitos países, não integram formalmente o Poder Judiciário –, cuja principal função é justamente fiscalizar, em abstrato ou em concreto, a compatibilidade da legislação infraconstitucional com a Constituição.

Com efeito, no exercício do controle de constitucionalidade, admite-se atualmente que os tribunais competentes, por imperativos de segurança jurídica e mediante uma ponderação

³⁹⁰ POPELIER, Patricia *et al.* The effect of judicial decisions in time: comparative notes. In: POPELIER, Patricia *et al.* (ed.). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 10-11.

dos valores constitucionais em conflito levada a efeito por meio de um consistente processo argumentativo, possam modular temporalmente os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade, mitigando, dessa forma, a teoria clássica da nulidade absoluta da leis inconstitucionais, que preconiza que a norma contrária à Constituição não pode produzir efeitos, devendo ser apagada desde o seu nascedouro.

A modulação visa, portanto, a restringir a eficácia *ex tunc* das declarações ortodoxas de inconstitucionalidade em prol da segurança jurídica.

Modernamente, admite-se, outrossim, o emprego de outras técnicas decisórias – como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade da lei e a interpretação conforme à Constituição – a fim abrandar ou eliminar as graves consequências que advêm da retroatividade inerente às declarações de inconstitucionalidade.

Como guardião da Constituição, no exercício do controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, o STF pode modular a eficácia temporal das declarações de inconstitucionalidade das leis federais e estaduais e de outros atos normativos primários que extraem fundamento de validade diretamente da Constituição (medidas provisórias, certas resoluções do Senado e do CNJ), bem como de determinados atos administrativos regulamentares (decretos, resoluções e portarias).

No Brasil, a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, manifestadas por meio de instrumentos de controle concentrado, está expressamente prevista no art. 27 da Lei 9.868/1999 e no art. 11 da Lei 9.8882/1999, podendo ser aplicada “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.³⁹¹

³⁹¹ Cabe ressaltar que, para Luiz Guilherme Marinoni, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade firmada pelo STF em ação direta, autorizada por esses dois dispositivos legais, tem fundamento diferente da modulação das decisões das decisões revogatórias de precedentes (inclusive daquelas que envolvem declaração de inconstitucionalidade incidental), prevista no art. 927, §3º, do CPC/2015. Segundo Marinoni, no primeiro caso, a modulação é objetivamente justificada pela necessidade de evitar que a segurança jurídica possa ser “gravemente afetada pelo desfazimento das situações criadas com base na lei declarada inconstitucional”, enquanto, na segunda situação, ela é baseada na confiança *justificada*. MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 187-188. Neste trabalho, ousa-se discordar da opinião desse notável processualista, uma vez que, em ambos os casos, a proteção da confiança deve ser aferida objetivamente, sendo desnecessário perquirir se ela era ou não justificada (confiança qualificada), isto é, se o precedente estava ou não desgastado ou desautorizado pela doutrina, por outros julgados ou, ainda, em razão da sinalização de que poderá ser futuramente revogado, como sustenta Marinoni (Ibid., p. 191). A adjetivação da confiança como qualificada, mediante avaliação acerca do desgaste do precedente, é deveras subjetiva e finda por gerar indesejada insegurança jurídica que o próprio sistema de precedentes intenta combater. Adota-se, aqui, visão semelhante à defendida por Thomas da Rosa de Bustamante, no sentido de que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei opera como uma interessante base de analogia para a utilização da técnica do *prospective overruling*, “pois a mesma dose de insegurança está em jogo seja quando se anula uma lei ou se modifica um precedente vinculante em sentido forte”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 456.

Atualmente, a modulação de decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle concentrado pelo STF não suscita maiores discussões, sendo amplamente empregada pela corte, como corolário, inclusive, do princípio da proporcionalidade.

Admite-se também a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle difuso e, ainda, em situações que não envolvem o controle de constitucionalidade das leis, mas sim mutações constitucionais, conforme preconizam os arts. 525, §13, e 535, §6º, do CPC/2015.

Tendo em vista a importância dessa última espécie de modulação para os fins do presente trabalho, retornar-se-á ao assunto no próximo capítulo.

2.4.3.2.2 A modulação dos efeitos dos atos administrativos no tempo

As decisões judiciais podem modular a eficácia de atos administrativos de efeitos concretos, sobretudo em prol dos cidadãos. É o caso de decisões judiciais que mantêm os efeitos de atos praticados por autoridades incompetentes ou investidas ilegalmente nos respectivos cargos ou funções – teoria da aparência – ou, ainda, daqueles executados por autoridades competentes e regularmente investidas em desconformidade com a Constituição ou a lei, mas que geraram consequências benéficas para os seus destinatários.

Segundo a teoria clássica, apoiada em um viés predominantemente estatal e publicista dos princípios da legalidade e da primazia do interesse público, esses atos administrativos são ilegais e, como tais, nulos, devendo ser desfeitos pela Administração Pública, *ex officio* ou mediante provocação, desde a sua origem, restituindo-se ao *status quo ante*, porquanto não teriam o condão de produzir efeitos jurídicos.

Modernamente, porém, conforme consignado, a jurisprudência e a doutrina, ancoradas em uma perspectiva mais focada na proteção dos direitos fundamentais e, portanto, na tutela dos interesses dos indivíduos em face do Estado, abrandaram a rigidez da teoria da nulidade absoluta (*ex tunc*) dos atos administrativos ilegais, o que culminou nas relevantes inovações legislativas acrescidas à LINDB, como no seu art. 21.

Também nesses casos, a segurança jurídica – garantia constitucional fundamental dos cidadãos prevista no *caput* do art. 5º da Constituição –, com a roupagem de princípio da proteção da confiança ou da boa-fé objetiva, é o valor que milita a favor da preservação dos efeitos do ato inconstitucional ou ilegal.

2.4.3.2.3 A modulação dos efeitos das decisões judiciais no tempo

A modulação da eficácia temporal das decisões judiciais pode ser verificada quando os tribunais (geralmente, os Superiores)³⁹², no exercício da função jurisdicional, modificam sua compreensão acerca de um determinado preceito legal (ou de um conjunto específico de disposições normativas, de princípios ou regras positivadas), outorgando nova interpretação aos textos legais, atribuindo-lhes sentido ou alcance diverso da norma anterior.

Conforme mencionado alhures, historicamente, em virtude do predomínio da teoria declaratória da jurisdição, desenvolvida a partir de um inflexível dogma da separação dos poderes em países da tradição do *civil law* e do *common law* – com parcial exceção dos Estados Unidos –, o legislador, a doutrina e os próprios tribunais, invariavelmente, concebiam as decisões judiciais como dotadas (em razão da própria essência da atividade jurisdicional) de eficácia exclusivamente retroativa, inclusive aquelas que implicavam mudanças bruscas de entendimento firmado em precedente específico ou consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores.

Na Europa Continental e na América Latina, embebidas nos dogmas da Revolução Francesa, baseados, entre outras coisas, na identidade plena da lei e do Direito, que predominou praticamente inquestionado – ressalvadas algumas exceções pontuais – do final do século XVIII até a metade do século XX, não se esboçou qualquer pretensão de modular temporalmente os efeitos das decisões judiciais representativas de reviravoltas jurisprudenciais ou promotoras de revogação de precedentes.

Havia-se como inútil e ilógico estender o direito intertemporal para o campo da sucessão de decisões judiciais no tempo, pois não se vislumbrava a possibilidade de existirem conflitos na aplicação da jurisprudência e dos precedentes, que teriam sempre eficácia retroativa.

Nada obstante, com a notória ascensão da teoria constitutiva da jurisdição no século XX, reconhecedora do matiz potencialmente inovador da atividade jurisdicional, que culminou em exponencial fortalecimento dos precedentes e da jurisprudência nos países da tradição do *civil law*, cristalizou-se a necessidade de regulamentar a sucessão de decisões judiciais no tempo.

Destarte, no estágio atual de desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito, é “razoável que haja regras de direito intertemporal para alterações de posição dos tribunais

³⁹² No sistema jurídico brasileiro, os Tribunais de Justiça dos Estados também podem, em tese, modular os efeitos das suas decisões modificadoras de precedentes interpretativos da legislação do estado e dos municípios sob sua jurisdição, visto que detêm a última palavra acerca do sentido e alcance das leis editadas por esses entes. Ademais, como visto no capítulo anterior, o mesmo ocorre nos Estados Unidos, onde as Cortes Supremas estaduais têm legitimidade para efetivar a modulação das decisões interpretativas da legislação local.

semelhantes àquelas que existem para a hipótese de haver mudança na lei, pois ambas, em diferentes medidas, são pautas de conduta para os jurisdicionados”.³⁹³

De fato, em um sistema jurídico que confere considerável normatividade – e, portanto, vinculatividade – a determinados acórdãos exarados por tribunais superiores, a segurança jurídica e a isonomia fornecem o embasamento teórico necessário para justificar a manipulação da eficácia das suas decisões promotoras de *overrulings*, a recomendar que a regra geral do sistema jurídico seja a outorga de efeito prospectivo a essas reviravoltas jurisprudenciais, de modo a evitar que situações jurídicas consolidadas à luz da confiança depositada no entendimento pretoriano abandonado sejam fulminadas pela aplicação retroativa da nova interpretação pretoriana.

Com efeito, em tais situações, ao abandonarem seus precedentes ou sua jurisprudência anteriormente firmada, por imperativos ligados à segurança jurídica, os tribunais devem atribuir à nova norma judicial, fruto da reinterpretação do texto escrito da lei, efeito prospectivo – *ex nunc* ou *pro futuro*.

2.4.3.3 A primeira interpretação uniformizadora das normas legisladas (first impression decisions) e a mudança da interpretação uniformizada (overruling). Diferenças de tratamento no que tange à eficácia das respectivas decisões

Considerando-se que as normas judiciais representam, em tese e em dado momento histórico, a melhor solução interpretativa para determinado tipo de situação fático-jurídica conflituosa ou, em outras palavras, que consubstanciam a mais adequada compreensão do Direito para orientar a resolução de litígios que possuam fatos materialmente relevantes semelhantes, é intuitivo que elas devem ser aplicadas em casos que surjam depois do estabelecimento do precedente. Portanto, toda norma judicial tem sempre, e pelo menos, aplicação prospectiva, ou seja, é dotada de eficácia *ex nunc*.³⁹⁴

Além disso, quando os tribunais superiores fixam, pela primeira vez, a interpretação de uma certa lei, a norma pretoriana editada também incide retroativamente, devendo ser aplicada no caso concreto a partir do qual se originou o precedente e em todos os outros litígios semelhantes ocorridos no período que medeia a edição do texto interpretado e a sua criação.³⁹⁵

³⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 284.

³⁹⁴ KAY, Richard. Prospective overruling in US. In: STEINER, Eva (ed). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015, p. 210.

³⁹⁵ *Ibid.*, 210.

Isso se dá porque a primeira interpretação uniformizadora da lei encetada pelos tribunais superiores (*first impression cases*) – malgrado o seu texto, antes da edição do precedente uniformizador, fosse obscuro e de interpretação controvertida nos tribunais ordinários – deve necessariamente operar efeitos desde a sua publicação, sob pena de indevida negativa de vigência da lei interpretada no interregno entre o seu nascedouro e o momento da prolação do precedente, ressalvadas, como se verá no quarto capítulo, determinadas hipóteses envolvendo matéria processual.

Assim, exemplificativamente, se há divergência jurisprudencial entre a 1ª e a 2ª Turmas do STF sobre a extensão do conceito de “templo” para fins da incidência da imunidade tributária a que se refere o art. 150, VI, *b*, do texto constitucional, o primeiro precedente uniformizador proferido pelo Plenário da Corte, sob o regime da repercussão geral, deve retroagir à data do início da vigência da Constituição, sob pena de negar vigência ao dispositivo legal em questão.³⁹⁶

Além disso, antes da eliminação da instabilidade jurídica decorrente da divergência jurisprudencial pelo precedente uniformizador, não se pode falar na existência de legítima expectativa e, portanto, de tutela da confiança dos cidadãos nos atos jurisdicionais.³⁹⁷

Entretanto, situação bastante diversa dá-se quando o tribunal superior modifica a interpretação que ele próprio havia conferido à lei, revogando ou derogando o seu precedente e, por conseguinte, substituindo uma norma judicial por outra de conteúdo diverso para regular a mesma situação fático-jurídica, isto é, dando uma resposta total ou parcialmente diferente para uma mesma pergunta ou questão jurídica.

É, portanto, com relação à segunda interpretação da regra ou princípio posto pelo legislador, fruto de um *overruling*, que deve repousar a questão concernente à possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais revogadoras de precedentes, isto é, de atribuição de eficácia exclusivamente prospectiva à nova norma pretoriana.

Conforme explanado no capítulo anterior, a possibilidade de aplicação da técnica do *prospective overruling*, consistente na outorga de efeitos meramente *ex nunc* ou *pro futuro* a essas “segundas normas pretorianas” promulgadas pelos tribunais superiores, está diretamente relacionada ao modo pelo qual são compreendidas e implementadas certas noções jurídico-

³⁹⁶ O que não obsta, contudo, a aplicação de institutos estabilizadores, como a prescrição e a decadência.

³⁹⁷ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de; GONÇALVES, Gláucio Maciel. O *prospective overruling* nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 258, ago. 2016, p. 381-382.

políticas fundamentais em cada país, independentemente de pertencer à tradição do *common law* ou do *civil law*.

Em síntese, as principais concepções jurídico-políticas que permeiam a questão atinente à possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais dizem respeito: a) à maior ou menor rigidez atribuída pelos sistemas jurídicos ao dogma da separação dos poderes; b) ao reconhecimento, ou não, de determinadas decisões judiciais como fonte do Direito – ponto que guarda estreita relação com a controvérsia acerca da natureza da atividade jurisdicional e das funções confiadas, pela Constituição, aos diversos órgãos do Poder Judiciário de cada país; e c) à importância conferida ao princípio da segurança jurídica, do qual decorrem subprincípios como a irretroatividade normativa, a proteção da confiança e a boa-fé objetiva.

2.5 O *PROSPECTIVE OVERRULING* NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. CASUÍSTICA DE 1988 ATÉ A EDIÇÃO DO CPC/2015

No campo do controle concentrado de constitucionalidade, a legislação³⁹⁸, desde o final do século passado, prevê a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade das leis proferidas pelo STF, as quais normalmente não envolvem a revisão de entendimentos da corte.

A jurisprudência do STF, ressalvadas algumas exceções pontuais³⁹⁹, não admitia a modulação temporal das decisões de inconstitucionalidade, proferidas em sede de controle difuso, em virtude da ausência de autorização legal para tanto.⁴⁰⁰

Além da pontual modulação temporal dos efeitos de certos arestos proferidos em sede de controle difuso de constitucionalidade, pouco a pouco, o STF proferiu decisões outorgando eficácia *ex nunc* a determinados acórdãos que promoveram mudanças constitucionais⁴⁰¹,

³⁹⁸ Art. 28 da Lei 9.868/1999; Art. 11 da Lei 9.882/1999.

³⁹⁹ STF, Tribunal Pleno, RE 197.917, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, DJ 07.05.2004; STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, HC 82.959, j. 23/02/2006, DJ 01.09.2006. STF, Tribunal Pleno, RE 560.626, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJe 04.12. 2008; STF, Tribunal Pleno, ARE 709212, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.11.2014, DJe 18.02.2015. Nesse último julgado, v.g. o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 23, §5º, da Lei 8.036/90, que estipulava prazo prescricional trintenário para cobrança de valores não pagos a título de FGTS, fixando-o, com base no art. 7º, XXIX, da Constituição, em cinco anos. A Corte abandonou sua jurisprudência, há muito pacificada, que entendia ser constitucional a previsão legal da prescrição trintenária. Em prol da segurança jurídica, o STF, invocando expressamente o art. 27 da Lei 9.868/99, modulou os efeitos de sua decisão, proferida em sede de controle difuso, de modo a conferir eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade.

⁴⁰⁰ Cf. STF, Tribunal Pleno, RE 353.657, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.06.2007, DJe 06.03.2008; STF, Primeira Turma, RE 419905 ED, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28/10/2008, DJe 18.12.2008.

⁴⁰¹ Como no caso referente à fidelidade partidária, em que o STF assentou que “razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas

compreendida como “uma substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional”, e que, por razões ligadas à segurança jurídica, impõe ao STF “a tarefa de proceder a uma ponderação das consequências e o devido ajuste do resultado, adotando a técnica de decisão que possa melhor traduzir a mutação constitucional operada”⁴⁰².

Ressalte-se, neste ponto, que não se trata de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, a qual pode suscitar a modulação dos efeitos da decisão mediante a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. O caso é de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que impõe ao tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica, a tarefa de proceder a uma ponderação das consequências e ao devido ajuste do resultado, adotando a técnica de decisão que possa melhor traduzir a mutação constitucional operada.

A título de ilustração, três situações envolvendo mudanças de jurisprudência em matéria constitucional merecem especial destaque.

A primeira refere-se ao direito constitucional processual, em que mutações envolvendo a interpretação de regras definidoras de competência jurisdicional, em razão da matéria ou da pessoa, não são incomuns. Em diversos casos, o STF validou atos processuais praticados por juízes e tribunais que foram considerados absolutamente incompetentes à luz da nova interpretação conferida à norma.⁴⁰³

Interessante caso diz respeito à delimitação da competência criminal por prerrogativa de função outorgada aos tribunais para o processo e julgamento de determinadas autoridades públicas, como chefes do Poder Executivo e membros dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Desde a década de 1950, o STF possuía jurisprudência no sentido de que, cometido o crime durante o exercício do cargo, os tribunais permaneciam competentes para o processamento do inquérito ou da correlata ação penal, mesmo que a autoridade investigada ou

eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007”. (STF, Tribunal Pleno, MS 26604, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04.10.2007, DJe 02.10.2008.

⁴⁰² Excerto do voto do Min. Gilmar Mendes proferido no RE 637.485 (Tribunal Pleno, j. 01.08.2012, DJe 20.05.2013.

⁴⁰³ STF, Tribunal Pleno, Inq 687 QO, rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999, DJ 09.11.2001; STF, Tribunal Pleno, RE 586.453, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 20.02.2013, DJe 05.06.2013; STF, Tribunal Pleno, CC 7.204, rel. Min. Carlos Britto, j. 29.06.2005, DJ 09.12.2005. Nesse último acórdão restou consignado que “o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”.

processada por seu cometimento viesse a deixar o cargo ou a função pública que inicialmente justificou a fixação da competência originária daquela corte.⁴⁰⁴

Essa jurisprudência restou cristalizada no enunciado da Súmula 394 do STF, editada em 03 de abril de 1964, ainda durante a vigência da Constituição de 1946, que dispõe que:

Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

O entendimento consubstanciado nessa súmula foi aplicado pela corte por décadas, inclusive após a promulgação da Constituição de 1988. Somente em 25 de agosto de 1999, por ocasião do julgamento de questão de ordem no Inquérito 687, a súmula foi formalmente revogada, sendo encampada a interpretação de que a competência por prerrogativa não mais subsiste após a cessação do exercício do cargo ou da função pública.⁴⁰⁵

Contudo, a despeito do reconhecimento da incompetência absoluta de tribunais para supervisionar inquéritos e processar e julgar ações penais após a cessação do exercício do cargo ou função pública – o que, na visão clássica da jurisdição, como atividade meramente declaratória, ensejaria a aplicação retroativa (*ex tunc*) do novo entendimento e, por conseguinte, a nulidade de todos os atos processuais praticados por órgãos jurisdicionais absolutamente incompetentes – o STF assentou, por unanimidade, que todos os atos e decisões até então proferidos com base na Súmula 394 seriam válidos, o que, na prática, implicou modular os efeitos do precedente revogador, ao qual se conferiu eficácia *ex nunc*.

Mais recentemente, em 03 de maio de 2018⁴⁰⁶, o STF promoveu nova mutação constitucional, restringindo ainda mais a abrangência de normas constitucionais instituidoras de foro por prerrogativa de função. Ao julgar questão de ordem na Ação Penal 937, a Corte argumentou que:

1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.
2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo.

⁴⁰⁴ Cf. STF, Tribunal Pleno, HC 32097, rel. Min. Mário Guimarães, j. 20.08.1952, DJ 04.12.1952; STF, Tribunal Pleno, HC 35301, rel. Min. Barros Barreto, rel. p/ acórdão Min. Ary Franco, j. 21.10.1957, DJ 16.01.1958; STF, Tribunal Pleno, Rcl 473, rel. Min. Victor Nunes, j. 31.01.1962, DJ 08.06.1962.

⁴⁰⁵ STF, Tribunal Pleno, Inq 687 QO, rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999, DJ 09.11.2001.

⁴⁰⁶ STF, Tribunal Pleno, AP 937 QO, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03.05.2018, DJe 10.12.2018.

Em seguida, a Suprema Corte resolveu a questão de ordem mediante a fixação das seguintes teses:

- (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e
- (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Por fim, assim como ocorreu no julgamento do Inquérito 687 (QO), o STF expressamente determinou “a aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso”, com a “ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior”, modulando novamente os efeitos de uma decisão judicial promotora de uma superação (parcial) de entendimento pacificado há quase vinte anos.

A segunda situação verificou-se no âmbito do direito processual previdenciário, em 2014, por ocasião do julgamento do RE 631.240⁴⁰⁷, processado sob o regime da repercussão geral, e é digna de nota, pois a Suprema Corte levou em consideração a instabilidade da jurisprudência na matéria – e a insegurança jurídica dela decorrente – para estabelecer, no precedente uniformizador, regras de transição para regular a solução das milhares de ações pendentes.

A controvérsia instaurada nesse apelo extraordinário consistiu em definir, a partir da interpretação da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, vazada no art. 5º, XXXV, da Constituição, se a apresentação de prévio requerimento administrativo ao INSS é condição necessária para a configuração do interesse de agir em juízo do segurado nas ações referentes à concessão ou revisão de benefícios previdenciários.

O STF, em conclusão de julgamento, estabeleceu as seguintes teses para efeito de repercussão geral:

1. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. [...]
2. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

⁴⁰⁷ STF, Tribunal Pleno, RE 631240, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03.09.2014, DJe 07.11.2014.

Na linha do voto condutor do aresto, a corte reconheceu existir “prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal” e “que mesmo no âmbito dos Tribunais Superiores, responsáveis pela uniformização da jurisprudência no plano nacional, não tem havido constância no tratamento do tema”. Destarte, o Ministro Barroso, relator do acórdão, asseverou que

[...] este quadro de insegurança recomenda que se estabeleça uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso. Por se tratar de matéria bastante conhecida e na qual há precedentes representativos em todos os sentidos, não parece razoável adotar qualquer saída radical, como, e.g., determinar a extinção sem resolução de mérito de todos os processos sobrestados, ou assentar a existência de interesse em agir em todas as ações ajuizadas antes da presente decisão. Melhor adotar uma solução mitigada, que, reconhecendo a procedência da tese recursal ora acolhida, também torne possível o aproveitamento dos atos já praticados.

Quando da conclusão do julgamento do RE 631.240, o STF, então, modulou os efeitos temporais de seu novo precedente uniformizador da jurisprudência mediante o estabelecimento de regras de transição aplicáveis às causas pendentes, nas quais não havia sido deduzida prévia postulação administrativa junto ao INSS, a fim de evitar a extinção, sem resolução de mérito, de milhares de processos previdenciários em curso no país, que seria a consequência inexorável da decisão se sua tese principal fosse aplicada retroativamente, conforme reza a cartilha da teoria declaratória da jurisdição.⁴⁰⁸

Por fim, merece menção um importante precedente em matéria eleitoral.

Trata-se do Recurso Extraordinário 637.485, *leading case* apreciado em 1º de agosto de 2012, em que o STF debruçou-se sobre controvérsia relativa à elegibilidade, para o cargo de prefeito, de cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos de chefe do Poder Executivo de outro município, de modo que a questão constitucional principal consistia em definir a

⁴⁰⁸ As teses referentes às regras de transição foram aprovadas pelo STF nos seguintes termos: “Nas ações ajuizadas antes da conclusão do julgamento do RE 631.240/MG (03/09/2014) que não tenham sido instruídas por prova do prévio requerimento administrativo, nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (a) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (b) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; e (c) as demais ações que não se enquadrem nos itens (a) e (b) serão sobrestadas e baixadas ao juiz de primeiro grau, que deverá intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse em agir. Comprovada a postulação administrativa, o juiz intimará o INSS para se manifestar acerca do pedido em até 90 dias. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. Em todos os casos acima – itens (a), (b) e (c) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais”. (Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015).

interpretação do art. 14, §5º, da Constituição, na redação conferida pela EC 16/1997, que instituiu a reeleição no país para os cargos de chefia do Poder Executivo dos entes federativos.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu-se, a partir da edição da EC 16/1997, no sentido de que o instituto da reeleição se referia à possibilidade de candidatura ao mesmo cargo no mesmo território, de maneira que não haveria óbice a que o prefeito reeleito em determinado município se candidatasse a cargo de mesma natureza em outro município em pleito subsequente, desde que transferisse seu domicílio eleitoral e se afastasse do cargo seis meses antes do pleito.⁴⁰⁹ Contudo, em 17 de dezembro de 2008, ao julgar o REspe 32.507, o TSE mudou bruscamente sua interpretação sobre a questão, passando a sustentar ser vedada a eleição do candidato nessa situação (por configuração de situação de inelegibilidade), determinando a aplicação retroativa de seu novo entendimento, inclusive para o caso concreto.

No RE 637.485, o STF ratificou a nova *ratio decidendi* cunhada pelo Tribunal Superior Eleitoral, tendo firmado a seguinte tese para efeitos de repercussão geral:

O art. 14, §5º, da Constituição, deve ser interpretado no sentido de que a proibição da segunda reeleição é absoluta e torna inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso.

Ato contínuo, a corte pôs-se a analisar a segunda questão controvertida nesse apelo extraordinário, consistente na “importante relação entre mudança jurisprudencial e segurança jurídica e perscruta os problemas da retroação e da aplicabilidade imediata dos efeitos das decisões que impliquem modificação de entendimento do órgão de cúpula da Justiça Eleitoral” ou, em outros termos, em aferir se o princípio da segurança jurídica, também em sua faceta de princípio da confiança, “pode constituir uma barreira normativa contra a retroatividade e a aplicabilidade imediata dessas decisões que implicam câmbio jurisprudencial em matéria eleitoral, especialmente no curso do período eleitoral”.⁴¹⁰

O STF, então, na trilha do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, relator desse *leading case*, asseverou que:

[...] assim, também o Tribunal Superior Eleitoral, quando modifica sua jurisprudência, especialmente no decorrer do período eleitoral, deve ajustar o resultado de sua decisão, em razão da necessária preservação da segurança jurídica que deve lastrear a

⁴⁰⁹ Acórdão n. 21.564/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 5.12.2003; Acórdão n. 21.487/DF, rel. Min. Barros Monteiro; DJ 16.9.2003; CTA 1.016-Resolução n. 21.706, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 7.5.2004; CTA n. 841, Rel. Min. Fernando Neves, DJ 27.2.2003.

⁴¹⁰ Excertos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes.

realização das eleições, especialmente a confiança dos cidadãos candidatos e cidadãos eleitores.

Todas essas considerações estão a evidenciar que as mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, deve adotar tais cautelas por ocasião das chamadas “viragens jurisprudenciais” na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. [...]. No âmbito eleitoral, portanto, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. [...].

Logo, é possível concluir que a mudança de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral está submetida ao princípio da anterioridade eleitoral.

O Plenário do STF, encampando esse entendimento, para fins de repercussão geral, lavrou a seguinte tese:

[...] as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

A notável peculiaridade desse julgamento, que merece o devido realce, reside no fato de que o STF, apreciando uma questão constitucional pela primeira vez (*first impression case*), modulou os efeitos da decisão de outro tribunal superior que promoveu uma viragem jurisprudencial e determinou que todas as decisões do TSE que impliquem mudança de jurisprudência devem observar o princípio da anualidade eleitoral, não se aplicando ao caso *sub judice* o novo entendimento, o qual somente veio a produzir efeitos no processo eleitoral posterior (eficácia *pro futuro*).

Noutro giro, no âmbito do STJ, antes do advento do CPC/2015, a temática referente à modulação dos efeitos de seus precedentes promotores de guinadas jurisprudenciais foi abordada pela corte em poucas ocasiões.⁴¹¹

O caso mais relevante, em que o STJ efetivamente debruçou-se sobre essa questão, ocorreu em 2007, por ocasião do julgamento, pela Primeira Seção, do EResp 738.689⁴¹², cujo

⁴¹¹ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de; GONÇALVES, Gláucio Maciel. O *prospective overruling* nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 258, ago. 2016, p. 369.

⁴¹²STF, Primeira Seção, EResp 738.689, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.06.2007, DJ 22.10.2007.

mérito dizia respeito ao reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo Decreto-Lei 491/1969.⁴¹³

Em seu voto-vista, o Ministro Herman Benjamim, destacou a mudança de entendimento até então pacífico⁴¹⁴ do STJ sobre o tema, promovida no REsp 591.708⁴¹⁵ em 2004 – momento a partir do qual a corte passou a entender que o direito ao creditamento do IPI foi extinto em 04/10/1990 – e, em seguida, argumentou que:

[...] também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da ‘sombra da juridicidade’, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto.

Contudo, o Ministro Teori Zavascki, relator dos Embargos de Divergência 738.689, não recepcionou a proposta de modulação temporal apresentada pelo Ministro Herman Benjamim, tendo sido acompanhado por todos os demais ministros presentes na sessão de julgamento, com exceção do Ministro João Otávio de Noronha, que votou no sentido de acolhê-la.

Após a conclusão deste julgamento, as propostas de modulação temporal das decisões revogadoras de precedentes formuladas pelas partes foram frequentemente repelidas pelo STJ, de forma mais ou menos explícita.⁴¹⁶

⁴¹³ Conforme lembra Ricardo Villas Bôas Cueva, a questão referente à modulação dos efeitos do precedente modificador de jurisprudência também foi expressamente debatida e refutada pela 2ª Seção do STJ, por ocasião do julgamento dos EDcl nos EDcl no REsp 1.091.393/SC (STJ, Segunda Seção, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2012, DJe 14.12.2012), após ser apresentada no voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante do STJ (art. 927, §3º, do novo CPC). In: ARAÚJO, Raul; MARCONI, Cid; ROCHA, Tiago Asfor (org.). *Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 119-121.

⁴¹⁴ Cf. STJ, Segunda Turma, AgA 422.627/DF, rel. Min. Franciulli Netto, DJe 23.09.2002; STJ, Primeira Turma, AgREsp 329.254/RS, rel. Min. José Delgado, DJe 18.02.2002; STJ, Primeira Turma, REsp 329.271/RS, rel. Min. José Delgado, DJe 08.10.2001; STJ, Segunda Turma, AgRg REsp 295.054/SC, rel. Min. Franciulli Netto, DJe 29.03.2004; STJ, Segunda Turma, REsp 380.575/RS, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 21.05.2002; STJ, Primeira Turma, REsp 416.954/RS, rel. Min. Francisco Falcão, DJe 08.05.2002; STJ, Primeira Turma, REsp 331.141/SC, rel. Min. Luiz Fux, DJe 06.03.2002; STJ, Primeira Turma, EDclAgRgREsp 433.661/CE, rel. Min. Francisco Falcão, DJe 02.12.2002; STJ, Segunda Turma REsp 449.471/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 16.02.2004; STJ, Primeira Turma, AgRgREsp 529.323/RS, rel. Min. Luiz Fux, DJe 17.11.2003; STJ, Primeira Turma, AgRgResp 329.127, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJe 16.12.2002; STJ, segunda Turma, REsp 315.813/RS, Min. Eliana Calmon, DJe 09.09.2002.

⁴¹⁵ STJ, Primeira Turma, REsp 591.708, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 08.06.2004, DJ 09.08.2004.

⁴¹⁶ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de; GONÇALVES, Gláucio Maciel. *O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015*.

Desse modo, antes da edição do CPC/2015, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que “a eventual modificação de entendimento jurisprudencial em sede de recurso representativo de controvérsia não dá ensejo à atribuição de eficácia prospectiva ao julgado por falta de amparo legal”.⁴¹⁷

Destarte, a falta de amparo legal foi um dos fatores determinantes para que o STJ não aplicasse a técnica do *prospective overruling*, ressalvados alguns poucos casos isolados, como no *Habeas Corpus* 28.598⁴¹⁸, que restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO AOS CASOS FUTUROS.

1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do Habeas Corpus 83.255/SP (informativo 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte.
2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o "ciente" lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial.
3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal.
4. Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenada com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público.
5. Ordem denegada.

Revista de Processo, v. 258, ago. 2016, p. 370-371. Nesse sentido, negando a modulação, cf. STJ, Primeira Turma, AgRg no REsp 1089940/BA, rel. Min. Denise Arruda, j. 02.04.2009, DJe 04.05.2009; STJ, Segunda Turma, AgRg nos EDcl no Ag 983.549/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.04.2009, DJe 13.05.2009; STJ, Quarta Turma, EDcl no REsp 1.234.881/RS, rel. Min. Marco Buzzi, j. 09.10.2012, DJe 19.10.2012; STJ, Corte Especial, EDcl no AgRg nos EAREsp 93.820/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.06.2013, DJe 26.06.2013; STJ, Primeira Seção, EDcl no REsp 1.060.210/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 26.02.2014, DJe 03.04.2014.

⁴¹⁷ STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.431.260/CE, rel. Min. Og Fernandes, j. 11.03.2014, DJe 28.03.2014. No mesmo sentido: STJ, Segunda Turma, AgRg no Ag 1.432.460/MT, rel. Min. Herman Benjamin, j. 24.02.2015, DJe 31.03.2015; STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.353.699/CE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.02.2013, DJe 07.03.2013; STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.332.559/CE, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 23.09.2014, DJe 02.10.2014.

⁴¹⁸ STJ, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 14.06.2005, DJ 01.08.2005. No mesmo sentido, cf. STJ, Sexta Turma, HC 89.568/RJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 05.03.2009, DJe 26.10.2009; e STJ, Quinta Turma, REsp 796.488/CE, rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.02.2008, DJe 07.04.2008.

Outra exceção digna de registro, em que o STJ lançou mão da técnica do *prospective overruling*, refere-se à matéria processual civil.

No âmbito das turmas do STJ, havia grande divergência acerca da necessidade de a parte que interpôs o recurso especial ter que ratificá-lo após a publicação do acórdão que julgava embargos de declaração aviados pela outra parte, independentemente dos aclaratórios receberem ou não efeitos modificativos.

A primeira linha jurisprudencial entendia que a ratificação era desnecessária, por consistir em um “excesso de rigor formal”, incompatível com o princípio da instrumentalidade das formas, sobretudo quando o julgamento dos embargos de declaração não implicava alteração do acórdão embargado.⁴¹⁹

A segunda corrente, diversamente, sustentava ser imprescindível a ratificação do apelo especial, aduzindo que, antes do julgamento dos embargos de declaração pelo tribunal de origem, não se dava o esgotamento das instâncias ordinárias, sendo prematura a interposição do recurso especial.⁴²⁰

Em 2007, a Corte Especial do STJ uniformizou a jurisprudência do tribunal sobre essa questão processual, nos autos do Recurso Especial 776.265⁴²¹, fazendo prevalecer a tese endossada pela segunda corrente jurisprudencial.

Nesse acórdão, o STJ não apreciou a questão relativa à necessidade de modulação dos efeitos desse precedente uniformizador, o que seria bastante desejável em virtude da evidente oscilação jurisprudencial que antecedeu à uniformização.⁴²² Desse modo, na quase totalidade dos recursos especiais julgados após a publicação do acórdão proferido no REsp 776.265, o STJ aplicou a tese firmada no novo precedente, inclusive nos casos em que foram interpostos

⁴¹⁹ STJ, AgRg nos EDcl no REsp 844.271/MG, rel. Min. Castro Meira, DJ 14.12.2006; AgRg no REsp 441.016/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 02.10.2006; EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 459.472/SC, rel. Min. Luiz Fux, DJ 27.03.2006; AgRg no REsp 789.341/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 06.03.2006 e REsp 323.173/RS, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 28.10.2002.

⁴²⁰ STJ, REsp 862.881/DF, rel. Min. Castro Meira, DJ 26.10.2006; AgRg no Ag 787.086/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.12.2006; AgRg no Ag 815.977/PA, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 26.02.2007; AgRg no Resp 826.151/SP, rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 13.11.2006, AgRg no Resp 677.095/PR, AgRg no Ag 707.261/DF, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 21.02.2006 e rel. Min. Castro Filho, DJ 17.10.2005.

⁴²¹ STJ, Corte Especial, REsp. 776.265, rel. Min. Humberto Gomes De Barros, rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, j. 18.04.2007, DJe 06.08.2007.

⁴²² ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de; GONÇALVES, Gláucio Maciel. O *prospective overruling* nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 258, ago. 2016, p. 374-375.

antes da uniformização do entendimento⁴²³, conferindo, pois, na prática, efeito retroativo ao novel entendimento.⁴²⁴

Nada obstante, em alguns poucos julgados, o STJ procedeu à modulação temporal dos efeitos da decisão prolatada no REsp em comento, apenas no caso concreto, como se deu no AgRg no Ag 827.293⁴²⁵ e no AgRg no REsp 671.912⁴²⁶.

A elucidativa ementa desse último acórdão foi lavrada nos seguintes termos:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. APOSENTADORIA CONCEDIDA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. BENEFÍCIOS AUTÔNOMOS. ART. 74 DA LEI 8.213/91. NÃO-ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RECURSO ESPECIAL DA SEGURADA INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. *PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DO STJ. APLICAÇÃO. ESPECIAL PROTOCOLADO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE*. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. A pensão por morte é benefício autônomo, que será devida ao conjunto de dependentes do de cujus, em gozo ou não de aposentadoria, conforme dispõe o art. 74 da Lei 8.213/91.

2. Quanto à alegação de intempestividade do especial dos segurados, porque interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios, é de ser ver que o recurso foi protocolado em 5/10/01, muito antes, portanto, da pacificação desta matéria pela Corte Especial (REsp 776.265/SC, DJ de 6/8/07).

3. Eventual aplicação retroativa desse entendimento acarretaria prejuízos aos jurisdicionados que, à época da prática do ato processual, encontravam o tema vacilante na jurisprudência. Precedentes.

4. Agravos regimentais improvidos.

Por fim, menciona-se uma interessante situação envolvendo “modulação extemporânea”⁴²⁷ em matéria tributária.

No REsp 1.596.978⁴²⁸, julgado em junho de 2016 – que, contudo, apreciou recurso interposto sob a vigência do CPC/1973 –, a Primeira Turma do STJ procurou modular os efeitos do precedente uniformizador firmado, seis anos antes, pela Primeira Seção da Corte, no REsp.

⁴²³ STJ, Sexta Turma, AgRg no Ag 956.792/RO, rel. Min. Og Fernandes, j. 14.02.2012, DJe 05.03.2012; STJ, Primeira Turma, AgRg no AREsp 337.208/SC, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 17.09.2013, DJe 24.09.2013; STJ, Primeira Turma, AgRg no REsp 1137595/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.03.2010, DJe 08.04.2010; STJ, Segunda Turma, AgRg no Ag 1120303/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 20.08.2009, DJe 31.08.2009; STJ, Primeira Turma, AgRg no Ag 986.794/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 26.08.2008, DJe 11.09.2008.

⁴²⁴ STJ, Primeira Turma, AgRg no Ag 986.794/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 26.08.2008, DJe 11.09.2008.

⁴²⁵ STJ, AgRg no Ag 827.293, Primeira Turma, rel. Min. Denise Arruda, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, j. 25.09.2007, DJ 22.11.2007.

⁴²⁶ STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 671.912, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29.05.2008, DJe 25.08.2008.

⁴²⁷ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante do STJ (art. 927, §3º, do novo CPC). In: ARAÚJO, Raul; MARCONI, Cid; ROCHA, Tiago. *Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal*. Asfor (org.). Salvador: JusPodivm, 2018, p. 123.

⁴²⁸ STJ, Primeira Turma, REsp 1.596.978, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.06.2016, DJe 01.09.2016

1.192.556⁴²⁹, julgado sob o rito dos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), que fixou entendimento no sentido de que incide imposto de renda sobre os valores recebidos a título de abono constitucional de permanência.

Invocando o princípio da segurança jurídica em prol dos contribuintes, a Primeira Turma determinou, no caso concreto, a incidência do IRPF sobre o valor do abono de permanência somente a partir da data do julgamento do REsp. 1.192.556/PE, em 2010, ressalvada a prescrição quinquenal, consignando, ainda, que o acórdão proferido nesse repetitivo ainda não havia transitado em julgado, tendo sido esse entendimento reiterado em outros arestos.

Contudo, em 2018, a Primeira Seção do STJ (reformando, em sede de embargos de divergência, as decisões da Primeira Turma) negou a possibilidade de se proceder à modulação nessas hipóteses, estabelecendo que o acórdão lançado por ocasião do julgamento do REsp 1.192.556 deveria ser aplicado de forma plena, sem modulação temporal de seus efeitos.⁴³⁰

2.6 CONCLUSÃO

No Brasil, sobretudo em razão da influência trazida pelos dogmas da Revolução Francesa, do liberalismo estatal e das doutrinas elaboradas pelas escolas filosóficas que lhe seguiram, como *L'école de l'exégèse* francesa e Escola Histórica alemã, a doutrina e a jurisprudência do século XIX e de boa parte do século XX não alçavam a jurisprudência ao posto de fonte do Direito.

O Direito encontrava-se todo nas leis, única fonte normativa do ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, o princípio da legalidade – que se fez presente no direito constitucional do país desde a Constituição Imperial de 1824 (art. 179, I) –, associado a uma rígida visão do princípio da separação dos poderes, foi o principal fundamento para a doutrina e a jurisprudência negarem-se a reconhecer que as decisões do Supremo Tribunal de Justiça do Império e de seu sucessor na República, o Supremo Tribunal Federal, poderiam ser dotadas de eficácia vinculante, já que a incumbência de editar comandos normativos de caráter geral seria exclusiva do Poder Legislativo.⁴³¹

Curiosamente, a despeito da primazia do princípio da legalidade no constitucionalismo brasileiro, foi o próprio legislador que, desde o século XIX, por meio dos Decretos 738/1850 e

⁴²⁹ STJ, Primeira Seção, REsp. 1.192.556, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25.08.2010, DJe 06.09.2010.

⁴³⁰ STJ, Primeira Seção, EREsp 1.548.456/BA, rel. Min. Herman Benjamin, j. 22.08.2018, DJe 16.04.2019; STJ, Primeira Seção, EREsp 1.596.978/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.08.2019, DJe 11.10.2019.

⁴³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 115.

2.684/1875, concedeu poderes aos tribunais do Império para editar assentos e que, ao longo do século XX, elaborou leis procurando outorgar algum grau de eficácia obrigatória às decisões dos tribunais da República, notadamente das cortes superiores (STF, TSE e TST), como as sentenças normativas da Justiça do Trabalho e os prejulgados cíveis, trabalhistas e eleitorais, tendo esses últimos representado a manifestação mais eloquente da eficácia vinculante dos precedentes antes da promulgação da Constituição de 1988, que foi indevidamente eliminada pelo TSE em 1992.

Não obstante o intento do legislador, o entendimento doutrinário e jurisprudencial que predominou no decorrer do século XX, sobretudo no campo do direito constitucional, civil e processual civil, foi no sentido de que nem mesmo a “jurisprudência” dos tribunais superiores se caracterizava como fonte formal do Direito, não gozando suas decisões da eficácia de precedente – diversamente do que ocorria no *common law* inglês e estadunidense.

Os tribunais em geral e o STF entendiam haver apenas um dever moral dos juízes e tribunais inferiores de seguirem os precedentes ou a jurisprudência da Suprema Corte.⁴³² O próprio STF entendia que as suas decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, inclusive aquelas envolvendo declarações incidentais de inconstitucionalidade (*judicial review*), não gozavam de força vinculante em relação aos demais tribunais.

Dessa forma, o *stares decisis* não recebeu acolhida na jurisprudência do STF e, salvo exceções pontuais, na doutrina até o último quarto do século XX.

Após o advento da Carta de 1988, o progressista legislador, novamente, promoveu diversas alterações legislativas visando a potencializar a eficácia vinculante de determinados julgados dos tribunais superiores, não apenas no âmbito interno do Poder Judiciário, mas também da Administração Pública⁴³³, evolução que paulatinamente começou a ser bem assimilada pela jurisprudência, sobretudo pelo STF.

Com a gradual objetivação dos recursos de feição extraordinária, corolário do desenvolvimento da legislação e da jurisprudência (e também da doutrina), tornou-se inevitável o reconhecimento da natureza criativa da atividade jurisdicional exercida pelos tribunais superiores, ao menos no exercício de suas competências recursais extraordinárias.

⁴³² Como fica claro dos seguintes excertos de acórdãos proferidos até meados do século XX: “ao juiz é aconselhável a consulta à jurisprudência do tribunal superior. Não é, porém, obrigado a segui-la”. (Revista Forense, v. 69/124); “os juízes não são obrigados a obedecer às decisões dos Tribunais Superiores em sua parte dispositiva” (Revista Forense, v. 32/45); “as decisões do Supremo Tribunal Federal são preciosas fontes de consulta que, todavia, os juízes não são obrigados a seguir” (Revista Forense, v. 76/332).

⁴³³ Que, como visto, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.784/1999, deve pautar sua atuação não apenas em conformidade com a lei, mas também com o Direito.

O CPC/2015 representou o ponto culminante desse lento processo evolucionário, que permitiu ao legislador estabelecer um bem organizado sistema de precedentes expressamente dotados de eficácia vinculante (art. 927), o que finalmente consolidou essas espécies de decisões judiciais no rol das fontes formais do Direito nacional.

Por conseguinte, os óbices historicamente levantados pela doutrina e pela jurisprudência em desfavor do reconhecimento de eficácia vinculante dos precedentes dos tribunais superiores restaram definitivamente superados com a edição do CPC/2015 e, posteriormente, com as inovações introduzidas na LINDB pela Lei 13.655/2018, que referendou a vinculatidade desses precedentes na esfera jurisdicional e da Administração Pública, abrindo as portas para o desenvolvimento de uma nova abordagem das técnicas de modulação temporal dos efeitos de decisões judiciais fora do controle de constitucionalidade concentrado, notadamente nos casos de mudanças de entendimento jurisprudencial.

Vislumbrando esse novo ambiente jurídico, alguns posicionamentos defendidos neste trabalho já podem ser apresentados.

Se os precedentes dos tribunais superiores são fontes normativas primárias, que gozam de eficácia vinculante, o regime de direito intertemporal disciplinador da sucessão de leis no tempo – previsto na Constituição e nas leis de regência (particularmente a LINDB) – deve ser obrigatoriamente aplicado, na maior extensão possível, à “sucessão de precedentes no tempo”.

Assim, apesar de o texto legal reinterpretado permanecer o mesmo, as alterações das teses jurídicas decorrentes da sucessão de precedentes equivalem, na prática, a mudanças do próprio Direito, que não podem ser ignoradas pelos tribunais superiores ao promoverem-nas.

De sorte que a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro deve ser a atribuição de efeitos prospectivos às mudanças de precedentes promovidas pelos tribunais superiores, na medida em que, como visto, a irretroatividade normativa é o princípio fundamental do direito intertemporal no Brasil, cuja base constitucional regente da matéria é ditada pelo art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, que deve ser lido da seguinte maneira: “o Direito novo não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Igualmente, em matéria tributária, mudanças de teses jurídicas que resultam, na prática, na criação (*v.g.*, o reconhecimento da incidência do imposto em transações comerciais que não eram enquadradas na moldura de seu fato gerador legal ou em relação a pessoas físicas ou jurídicas que não eram consideradas contribuintes de determinada modalidade de tributo à luz do texto da lei reinterpretado) ou na majoração de tributos (*v.g.*, a ampliação da base de cálculo ou da alíquota de um imposto, de uma taxa ou de contribuição) devem observar as mesmas

regras constitucionais e legais que tratam da criação ou majoração de tributos por meio de lei nova.⁴³⁴

Outrossim, na esfera eleitoral, a nova tese jurídica editada pelo TSE ou pelo STF “que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data da sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”, nos termos do art. 16 da Constituição.

No âmbito do Direito Penal, em conformidade com as regras insculpidas no art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição, considerando-se que “não há crime sem norma anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação normativa” e que “a norma penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, se a superação ou modificação de precedente do STF ou do STJ implicar agravamento da situação jurídica do investigado, do denunciado ou do réu, a nova tese cunhada somente poderá incidir em relação aos fatos ocorridos após a publicação do precedente modificador, não podendo retroagir; se, ao contrário, a nova norma pretoriana, consubstanciada na *ratio decidendi* contida no precedente revogador, for mais benéfica ao investigado ou ao réu, ela será dotada de retroatividade máxima, devendo fulminar, inclusive, a sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Noutro giro, como se viu, a obrigação geral de modular os efeitos de decisões estatais administrativas foi reforçada pelos arts. 23 e 24 da LINDB. Da leitura conjunta desses artigos, extrai-se a proibição de que a Administração Pública, com base em mudança posterior de orientação geral, declare inválidas situações plenamente constituídas, imbricada ao seu dever de estabelecer regras de transição para suavizar os efeitos das alterações interpretativas, entre as quais a mais comum, mais simples e mais eficaz é a modulação dos efeitos da nova interpretação.

Ademais, a par da vedação à retroação da eficácia de novas interpretações administrativas, também fica claro que nem mesmo as leis ditas interpretativas têm o condão de fulminar, retroativamente, a interpretação judicial conferida pelo STF e pelo STJ à lei interpretada.

Ora, se é fato incontestável que novas leis interpretativas não podem retroceder para atingir direitos anteriormente adquiridos em conformidade com a interpretação judicial atribuída pelo STF e pelo STJ a determinado dispositivo legal, por que uma nova interpretação judicial, estampada na *ratio decidendi* de um precedente, que abandona uma *ratio* anterior poderia retroceder fulminando direitos adquiridos?

⁴³⁴ Arts. 150, III, e 196, §6º, da Constituição; Arts. 105, 106 e 146 do CTN.

Ontologicamente, as situações são idênticas. Opera-se uma alteração na norma jurídica *lato sensu*, que afeta o conteúdo do Direito – criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas –, que não pode atingir direitos adquiridos sob a égide da primeira norma.

Em outros termos, quer-se dizer que a atribuição de efeito retroativo à nova *ratio decidendi* estabelecida em um precedente revogador resulta em violação de igual intensidade à segurança jurídica que a provocada pela edição de uma lei dotada de eficácia retroativa, seja ela denominada interpretativa ou não.

Derradeiramente, ao contrário das hipóteses de alteração de precedentes, a modulação temporal dos efeitos de decisões dos tribunais superiores não deve ter lugar no caso de edição do primeiro precedente uniformizador, cuja interpretação originalmente conferida às disposições legais há que retroagir à data em que a lei entrou em vigor, sob pena de, inconstitucionalmente, negar-lhe vigência.

Assim, se é certo que, à luz dos princípios do direito intertemporal, as leis não devem retroagir, é igualmente certo que as *rationes* dos primeiros precedentes sempre devem retroceder, pois elas representam a interpretação correta do texto dessas leis firmada pelo tribunal superior, que tem a prerrogativa constitucional de determinar seu sentido e alcance.

É, portanto, apenas com relação ao “segundo precedente” ou ao precedente revogador – que implica mudanças de normas pretorianas e, assim, do próprio Direito – que se dá a aplicação das técnicas do *prospective overruling*. São esses precedentes que devem ter, como regra geral, eficácia exclusivamente prospectiva, não sendo dotados da eficácia retroativa também presente nas *first impression decisions*.

3 O SISTEMA DE DECISÕES JUDICIAIS COM EFICÁCIA VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O *PROSPECTIVE OVERRULING* NA PERSPECTIVA DO CPC/2015

3.1 A SEGURANÇA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Sob o aspecto material, ao lado da justiça, a segurança jurídica é o grande valor estruturante do Estado de Direito⁴³⁵, o qual, na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, abriga, em essência, as ideias de limitação do poder estatal e de supremacia da lei.⁴³⁶ Esses dois valores frequentemente se completam, de maneira que pela justiça chega-se à segurança e pela segurança chega-se à justiça, mas também, não raro, se colocam em oposição.⁴³⁷

Sob o aspecto formal, o Estado de Direito pressupõe a positivação de regras e princípios estabelecidos de um sistema jurídico pautado: a) na previsão de direitos e garantias fundamentais; b) na divisão equilibrada das funções do Estado, harmonizada por meio de um sistema de freios e contrapesos, e; c) na legalidade da atuação da Administração Pública, que atua para realizar seus componentes materiais: a justiça e a segurança jurídica.

É o que se passa no ordenamento jurídico brasileiro inaugurado pela Constituição de 1988, que, já em seu preâmbulo, consigna que a segurança e a justiça são seus valores supremos, e que, logo em seus primeiros artigos, institui a República Federativa do Brasil, sob as bases de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput*, e III), na independência e na harmonia entre os Poderes instituídos (art. 2º), na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), na prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais (art. 4º, II) e em um extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos (arts. 5º e 6º).

⁴³⁵ “O princípio da segurança jurídica é normalmente deduzido do princípio do Estado de Direito [...] O Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito”. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 221.

⁴³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05. Barroso, na sequência, esclarece, ainda, que, nos Estados constitucionais existem, basicamente, três ordens de limitação do poder: a) as limitações materiais: valores básicos e direitos fundamentais que devem ser preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, expressão e associação; b) limitações orgânicas: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, que, ao mesmo tempo, se controlam reciprocamente; e c) limitações processuais: os órgãos do poder devem agir em conformidade com o devido processo legal.

⁴³⁷ COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista do Ministério Público*, n. 45, p. 35-36.

Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea considera a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, que assume, a um só tempo, a condição de direito fundamental da pessoa humana e de princípio fundamental da ordem jurídica estatal nacional e internacional.⁴³⁸

A Constituição brasileira, no *caput* do seu art. 5º arrola, de forma genérica, a segurança jurídica como direito individual fundamental inviolável e traz, de modo mais detalhado, em seus incisos, várias disposições que a concretizam, tais como: o princípio da legalidade (art. 5º, II); a inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI); os princípios da legalidade, da anterioridade em matéria penal e da irretroatividade da lei penal gravosa (art. 5º, XXXIX e XL).

Outrossim, a Constituição cataloga garantias de índole processual – como as do juiz natural (art. 5º, LIII), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV) e da inadmissibilidade da utilização de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) – que fornecem o substrato normativo-valorativo para a conformação do modelo constitucional de processo vigente no país.

3.2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: O PROCESSO JUSTO E A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES

A Constituição de 1988 é o pilar de toda a ordem jurídica brasileira, instituidora da República Federativa do Brasil sob a forma de Estado Democrático de Direito. Com maior ou menor detalhamento, por meio de seus princípios e regras, ela disciplina inúmeros aspectos da vida individual e social brasileira, estabelecendo as normas fundamentais de todo o Direito nacional.

Como não poderia deixar de ser, a centralidade da Constituição também se faz sentir na esfera do direito processual. A Constituição é a base da ordem jurídica processual. Traça a disciplina fundamental, as linhas mestras, de todo o direito processual civil brasileiro.

O modelo de processo idealizado pela Constituição é estruturado a partir da cláusula geral do devido processo legal, prevista em seu art. 5º, LIV, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 28, 2005, p. 95; MARINONI, Luiz Guilherme. *Princípio da segurança dos atos jurisdicionais*, p. 2. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-I-Princ%C3%ADpio-da-Seguran%C3%A7a-dos-Atos-Jurisdicionais-MARINONI.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

O devido processo legal é, com efeito, o princípio-vetor do qual derivam outras garantias e princípios constitucionais processuais: segurança jurídica (art. 5º, *caput*); igualdade (art. 5º, I); prestação jurisdicional efetiva e adequada (art. 5º, XXXV); irretroatividade (art. 5º, XXXVI); juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV); proibição do uso de provas ilícitas (art. 5º, LVI); publicidade (art. 5º, LX); assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV); duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII); e fundamentação das decisões (art. 93, IX).⁴³⁹

Essas garantias consubstanciadoras do *due process of law*, originado no *common law* inglês, cuja nomenclatura há muito foi incorporada ao Direito brasileiro, definem o perfil mínimo do modelo constitucional de processo vigente no país e, igualmente, equivalem ao núcleo do justo processo (*Faires verfahren, giusto processo*), denominação comumente empregada na Europa Continental e no Direito Comunitário.⁴⁴⁰

Cumprе ainda ressaltar, como bem destacado por Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade, que, além das garantias processuais acima mencionadas, o justo processo é complementado por outros princípios presentes na Constituição, que atuam como “cláusulas de fechamento ou de salvaguarda do sistema processual”, quais sejam: a) o art. 5º, §1º, que confere eficácia plena e aplicação imediata às garantias processuais, as quais, para incidirem, não demandam intermediação do legislador ordinário; b) o art. 5º, §2º, que deixa claro que as garantias processuais previstas na Constituição constituem apenas a base mínima do justo processo, não excluindo a aplicação de outras decorrentes da própria sistemática acolhida e nem daquelas presentes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil; e c) o art. 5º, §3º, que, incluído pela EC 45/2004, alinha-se à tendência dos últimos anos de internacionalização das

⁴³⁹ A rigor, conforme salienta a doutrina, por se tratar de meros desdobramentos do devido processo legal, a positivação das demais garantias constitucionais processuais mostrar-se-ia desnecessária. Contudo, a explicitação dessas garantias no texto constitucional visa a enfatizá-las, norтеando melhor os Poderes Executivo, Legislativo e Judicial e evitando problemas de coordenação, conhecimento e controle dos elementos derivados do princípio do devido processo legal. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114; ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, n. 163, 2008, p. 57.

⁴⁴⁰ A cláusula do justo processo está consagrada em diversas constituições ocidentais do século XX, como no art. 111 da Constituição italiana, que dispõe que “a jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei” e também em documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (arts. 8º e 10), a Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950 (art. 6º) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 8º).

garantias do justo processo, confere forma de norma constitucional aos tratados de convenções internacionais, envolvendo direitos humanos, quando acolhidos pelo direito nacional.^{441 442}

O justo processo, ou devido processo legal, é, pois, aquele capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante um juiz natural – competente e imparcial –, em que todas as decisões são previsíveis, confiáveis e motivadas, em procedimento público, com duração razoável, com a proteção de atos processuais perfeitos e a formação de coisa julgada e, em certos casos, com direito à assistência jurídica integral e gratuita⁴⁴³, sem prejuízo da incidência imediata de outras regras ampliadoras dessas garantias, tacitamente decorrentes do próprio sistema processual, e de outras previstas em tratados ou convenções internacionais internalizadas pelo Brasil.

O mandamento constitucional do *due process* dirige-se aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, impondo ao Estado diversos deveres relacionados à conformação, organização e funcionamento do processo. Como qualquer outro direito ou garantia fundamental, o devido processo legal é multifuncional: tem função integrativa, interpretativa, bloqueadora e otimizadora.⁴⁴⁴

O modelo constitucional de processo instituído pela Constituição de 1988, sintetizado na cláusula do justo processo, impõe um padrão de referência normativa unitário do sistema processual, orientando a elaboração, a interpretação e a atuação de todo o direito processual civil,⁴⁴⁵ representando o Código de Processo Civil a principal concretização do direito ao processo justo pelo Estado Legislador.⁴⁴⁶

Do ponto de vista da atuação do Poder Judiciário, a observância do justo processo, a um só tempo, confere legitimidade ao exercício da jurisdição e representa salvaguarda dos jurisdicionados em face do Estado.⁴⁴⁷ Ao implementá-lo adequadamente, o Estado estará apto

⁴⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: BELMONTE, Alexandre Agra *et al.* 30 anos da CF e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 312.

⁴⁴² Indo além da possibilidade de o ordenamento assegurar, formalmente, igualdade hierárquica de normas constitucionais e normas de direitos humanos, Fernando Gonzaga Jayme sustenta que as regras e princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos são hierarquicamente superiores às previstas na Constituição e nas leis brasileiras. JAYME, Fernando Gonzaga. *A supranormatividade dos Direitos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003, p. 24-25.

⁴⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 493.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 494-495.

⁴⁴⁵ Nesse sentido, dispõe o art. 1º do CPC/2015.

⁴⁴⁶ THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, *op. cit.*, p. 305.

⁴⁴⁷ Tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais possuem eficácia horizontal, vinculando os particulares, o devido processo legal também incide nas relações privadas, ainda que com temperamentos impostos pela necessidade de sua ponderação com o princípio da autonomia da vontade. (STF, Segunda Turma, RE 201.819,

a criar procedimentos e a tomar decisões processualmente justas e válidas, que, assim, possam afetar legitimamente direitos e garantias ligados à liberdade e à propriedade.

Desse modo, o devido processo legal estabelece as balizas elementares para que se possa, a partir do prisma normativo fixado pelo legislador constituinte, cogitar de um processo efetivamente justo. Tal princípio delinea o perfil mínimo de organização do processo e de atuação processual do Estado, sendo sua observância condição necessária para a obtenção de decisões justas e para a formação de precedentes.⁴⁴⁸

O CPC/2015 efetivamente deu passos decisivos na efetivação do processo justo no plano infraconstitucional, positivando regras otimizadoras de garantias relacionadas, v.g., ao contraditório⁴⁴⁹ e à segurança jurídica.

A contribuição mais eloquente para a realização da segurança jurídica no processo consistiu na instituição de um amplo sistema de precedentes com eficácia vinculante, que tem como pedra de toque os deveres de uniformização, integridade, estabilidade e coerência da “jurisprudência” (art. 926, *caput*) e de fundamentação adequada das decisões (art. 489, §1º).

Esse sistema abrange regras destinadas a limitar os efeitos tradicionalmente retroativos das decisões judiciais⁴⁵⁰ ou, em outros termos, que permitem outorgar eficácia prospectiva aos precedentes em casos de reviravoltas jurisprudenciais realizadas especialmente pelo STF e pelo STJ, cujo escopo declarado é de promover, no plano concreto, a isonomia e a proteção da confiança justificada.⁴⁵¹

rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJ 27.10.2006). No plano infraconstitucional, vale mencionar o art. 57 do Código Civil, que prevê que “a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

⁴⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 491.

⁴⁴⁹ Entre outros, cf. arts. 7º, 9º, 10, 115, 372, 437, §2º, 489, §1º, 493, parágrafo único, 503, §§1º e 2º, 932, parágrafo único, e 933, *caput*.

⁴⁵⁰ Arts. 14, 525, §§12 a 15, 535, §§5º a 8º e 927, §§2º a 4º.

⁴⁵¹ Nesse sentido, Remo Caponi aduz que é exatamente o princípio do justo processo, previsto no art. 111 da Constituição Italiana, o fundamento necessário para restringir a retroatividade dos *mutamenti di giurisprudenza* no direito italiano. Desse princípio geral, diz Caponi, emana a garantia constitucional da proteção da confiança justificada na predeterminação das normas de desenvolvimento do processo, que impõe a limitação da eficácia retroativa da mudança de jurisprudência da Corte de Cassação sobre a interpretação das leis. CAPONI, Remo. Prospective overruling: bilancio di una vicenda. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 12, v. 19, n. 2, mai./ago. 2018, p. 179.

3.3 AS FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS NA TEORIA DO DIREITO: DIKELÓGICA, NOMOFILÁCICA, PARADIGMÁTICA E UNIFORMIZADORA

No processo de conformação do Poder Judiciário existe uma constante tensão político-institucional na definição das funções dos tribunais, conforme pontua Eduardo Oteiza. De um lado, existe o interesse geral da sociedade no conhecimento da correta interpretação das leis, na promoção da defesa do Direito objetivo e na uniformização da jurisprudência; de outro, há o interesse subjetivo das partes em submeter seus conflitos a sucessivas instâncias de revisão, baseado no inconformismo de um dos litigantes, isto é, no pretexto de obter a correção de erros supostamente cometidos pelas instâncias inferiores.⁴⁵²

A acomodação dessa tensão decorre sempre de uma decisão política, por meio da qual o legislador, constituinte ou ordinário, define a função preponderante a ser exercida por cada tribunal dentro da complexa organização interna do Poder Judiciário. O predomínio de uma ou de outra função depende, assim, do desenho institucional do Poder Judiciário, bem como da concepção de Direito encampada pelo ordenamento jurídico.

A propósito, conforme distingue Daniel Mitidiero, a prestação de tutela jurisdicional adequada e tempestiva dos direitos deve corresponder às duas dimensões dessa tutela: a geral e a individual. A primeira é voltada à obtenção de “soluções corretas” para os casos concretos, mediante a prolação de decisões justas; a segunda, para outorga de unidade ao Direito, reduzindo a equivocidade inerente às suas normas, por meio da edição de precedentes.⁴⁵³

Desse modo, a partir dessa perspectiva abstrata, do ponto de vista lógico, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de haver uma cisão funcional entre os tribunais incumbidos de tomar decisões justas e de editar precedentes ou, em fórmula mais sintética, entre “cortes de justiça” e “cortes de precedentes”.⁴⁵⁴

Nada obstante, seja qual for a decisão política tomada a respeito do delineamento institucional do Poder Judiciário, há que se reconhecer, como bem ressalta Antônio Castanheira Neves, que a simples busca pela justiça não justifica a abertura de uma “terceira instância” jurisdicional que, ressalvada a sua superioridade hierárquica, seja em tudo mais igual às instâncias inferiores no que se refere ao seu papel. Por isso, assevera o professor português, a

⁴⁵² OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, v. 187, set. 2010, p. 183-184.

⁴⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 30.

instituição de um tribunal supremo só tem razão de ser se ele for investido de uma função específica que, de modo especial, o qualifique e o distinga dos demais tribunais.⁴⁵⁵

Como é cedido, por meio do processo, a jurisdição atua sempre em prol do interesse público. Porém, a intensidade do interesse público em jogo na resolução dos litígios aumenta à medida que se ascende na estrutura jurisdicional. O interesse na solução da lide, ao se conduzir o processo às instâncias extraordinárias, por meio dos recursos cabíveis, deve ser revestido de um novo colorido, transmutando sua conotação de individual para coletiva, visto que se pressupõe que a resolução normativa da causa – unificadora do Direito – repercute para além do caso concreto, servindo de paradigma de observância obrigatória para o correto equacionamento de outros conflitos semelhantes.

Já há algumas décadas, sustenta André Tunc, existe um razoável consenso de que o papel principal de um “tribunal superior ideal” deve ser o de assegurar ao Direito unidade, clareza e certeza⁴⁵⁶, cabendo-lhe, segundo Mitidiero, proferir decisões universalizáveis e projetáveis para o futuro, destinadas a orientar não apenas os juízes e tribunais inferiores, mas igualmente toda a sociedade, acerca da adequada interpretação das normas jurídicas e, assim, do conteúdo do Direito⁴⁵⁷, o que Michele Taruffo denominou de exercício da “nomofilaquia através do precedente”.⁴⁵⁸

Destarte, nesse modelo ideal de cortes supremas, em que os tribunais superiores são efetivamente vocacionados para funcionar como órgãos de instância extraordinária – e não de terceira instância ordinária – do Poder Judiciário, a função nomofilática consiste justamente na outorga de unidade ao Direito por meio da escolha da “interpretação correta” – entre várias possíveis –, manifestada na norma solucionadora da lide.⁴⁵⁹

O caso concreto, objeto do recurso de índole extraordinária, é apenas um instrumento – verdadeiro pretexto – para possibilitar a formulação da adequada interpretação das leis pelo tribunal superior⁴⁶⁰, assegurando-se que o Direito seja aplicado uniformemente em todos os litígios semelhantes.

⁴⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983, p. 652.

⁴⁵⁶ TUNC, André. *La Cour Suprême Idéale*. In: *La Cour Judiciaire Suprême: une enquête comparative*. Paris: Economica, 1978, p. 435-437.

⁴⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

⁴⁵⁸ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. *Revista de Processo*, n. 199, 2011, p. 153.

⁴⁵⁹ Id., *Funzioni e problemi attuali della corte di cassazione. Il vertice ambiguo: sagui sulla Cassazione civile*. Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 161.

⁴⁶⁰ MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 31.

O “direito ao recurso” aos tribunais superiores é viabilizado na busca pela unidade do Direito (*ius constitutionis*), e não no interesse subjetivo da parte recorrente em obter um provimento jurisdicional favorável à sua pretensão deduzida em juízo (*ius litigatoris*), sendo plenamente justificável, à luz de sua função precípua, a instituição de filtros recursais para restringir o acesso a esses sodalícios.⁴⁶¹

Desse modo, do ponto de vista lógico-racional, seguindo-se essa linha de raciocínio, o ideal é que aos juízos e tribunais das instâncias ordinárias seja reservada a função de resolver os litígios da maneira mais justa possível, “dando a cada um o que é seu por direito”, conforme preconiza a noção clássica de jurisdição desenvolvida pela doutrina do século XX.

A essa função dá-se o nome de dikelógica.⁴⁶² Para desempenhá-la a contento, esses órgãos jurisdicionais ordinários devem ser incumbidos de reconstruir os fatos controvertidos nos processos, produzindo (ou permitindo que as partes produzam) as provas necessárias para elucidá-los, bem como de interpretar e aplicar a Constituição e as leis⁴⁶³, ouvindo, dialogando e respondendo, fundamentadamente, aos argumentos dos litigantes, durante todo o *iter* procedimental.

Em suma, por meio da jurisdição, os tribunais podem desempenhar duas funções básicas: a) resolver definitivamente conflitos de interesses, restabelecendo a paz social e procurando realizar a “melhor justiça” no caso concreto (função dikelógica); e b) fixar a correta interpretação de regras jurídicas legisladas (constituição, leis e decretos), promovendo unidade e certeza ao Direito, por meio da criação de normas pretorianas, exteriorizadas por intermédio dos precedentes (função nomofilática).⁴⁶⁴

Dito isso, nota-se que, ao resolver os conflitos, os tribunais centram sua atenção em um litígio concreto e individualizado e, portanto, na solução de disputas pretéritas; já ao precisar (tornar preciso) o conteúdo das normas legais, aumentando a cognoscibilidade e a

⁴⁶¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 67-71.

⁴⁶² “A palavra dikelógica, de origem grega, é composta pela partícula dike, que significa ‘justiça’, e pelo pospositivo lógico, cujo significado é ‘relativo à razão’. Assim, a função dikelógica está associada à busca da justiça no caso levado ao tribunal, mediante a correta aplicação do direito. Trata-se, pois, da tutela do chamado *ius litigatoris*”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 316.

⁴⁶³ Como se nota, os juízes de primeiro grau e os tribunais ordinários também têm papel relevante no processo hermenêutico, contribuindo para a construção das normas e para o processo de uniformização do Direito, exercendo também a nomofilaquia. Tanto os tribunais superiores quanto os inferiores exercem as funções nomofilática e dikelógica. A diferença reside no grau de preponderância entre o exercício de uma e outra função, à luz do papel predominantemente reservado pelo legislador, constituinte ou ordinário, aos juízos das instâncias ordinárias e extraordinárias. Em sentido aproximado, cf. KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a questão da revisão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 104.

⁴⁶⁴ Cf. ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 69-101 (Cap. II).

previsibilidade do Direito, o foco dos tribunais volve-se primordialmente para a coletividade e para o futuro.⁴⁶⁵

Destarte, como regra geral, salvo disposição legal em sentido contrário⁴⁶⁶, a solução jurisdicional dos litígios há de ser necessariamente retroativa, de modo que as decisões dos órgãos das instâncias ordinárias produzam efeitos *ex tunc*, restituindo as partes ao *status quo ante*. Nesse sentido é que Carnelutti, em 1926, afirmou que “a irretroatividade das leis corresponde a retroatividade da sentença”, referindo-se ao fato de que o juiz decide no presente sobre fatos ocorridos no passado.⁴⁶⁷

De igual modo, nos sistemas jurídicos que ainda identificam o Direito com a lei, elevando-a ao posto de única fonte normativa primária do Direito – desconsiderando por completo o papel criativo da atividade jurisdicional –, a função desempenhada pelos tribunais superiores é essencialmente a mesma exercida pelos órgãos da jurisdição ordinária.⁴⁶⁸

Nesses sistemas, a função nomofilática, exercida pelos tribunais superiores, consiste fundamentalmente na defesa da legislação diante das decisões judiciais, mediante a revelação do exato sentido da lei, predefinido pelo legislador de forma clara e unívoca, de sorte que o dever de uniformizar a jurisprudência exsurge como instrumento para viabilizar o controle das decisões dos órgãos inferiores.⁴⁶⁹ A formação de jurisprudência uniforme serve, então, para operacionalizar e facilitar a solução de casos concretos e o controle das decisões impugnadas por parte dos tribunais superiores.

Diversamente, nos sistemas jurídicos que incorporam determinadas decisões judiciais ao rol das fontes do Direito, a missão institucional confiada aos tribunais superiores é substancialmente diferente da afiançada aos tribunais e juízos inferiores. Nesses sistemas, o papel precípua dos tribunais superiores é, como anteriormente dito, outorgar unidade de sentido às leis e à Constituição, conferindo previsibilidade e estabilidade à ordem jurídica e à sociedade,

⁴⁶⁵ Essa ideia de divisão de tarefas entre diferentes tribunais também se faz presente em países da tradição do *common law*. Conforme ressalta Melvin Aron Eisenberg, os tribunais desempenham essencialmente duas funções: de solucionar conflitos (*resolution of disputes*) e de “enriquecimento do estoque de normas jurídicas” (*enrichment of the supply of legal rules*). A primeira mira nas partes e no passado e a segunda na sociedade em geral e no futuro. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of common law*. Cambridge, Massachusetts: First Harvard University. Press paperback edition, 1991, p. 7.

⁴⁶⁶ Como se dá em diversos provimentos judiciais de natureza constitutiva, a exemplo da sentença que decreta a interdição ou homologa o divórcio do casal que tem filhos incapazes.

⁴⁶⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 60; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 101-102.

⁴⁶⁸ Para um maior aprofundamento do assunto, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 43-44.

servindo, ainda, suas decisões como paradigmas decisórios que devem ser observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Por isso, já que a função e a razão de ser dos tribunais superiores é proferir decisões paradigmáticas, os seus precedentes devem ser obrigatoriamente respeitados para que efetivamente sirvam de modelo decisório para os demais órgãos do Poder Judiciário, pois, se não houvesse essa obrigatoriedade, não teria sentido a existência desses órgãos de cúpula.⁴⁷⁰

Com efeito, Michele Taruffo assevera que as cortes supremas se tornaram ativas protagonistas do complexo processo de criação e evolução do Direito, capazes de orientar decisões futuras de relevância jurídica supraindividual, exercendo a função pública que lhes é cometida⁴⁷¹, enquanto Castanheira Neves, adverte, peremptoriamente, que:

[...] seria hoje impensável que os Supremos Tribunais não participassem [...] de um modo qualificado e principal na tarefa da constitutiva realização do direito [...] no próprio desenvolvimento jurisprudencialmente criador do direito que especificamente compete à jurisprudência nos nossos dias.⁴⁷²

Também no Brasil, esse perfil de tribunais superiores expressa a concepção contemporânea correta da jurisdição, consentânea com o perfil do Estado Constitucional de Direito – cimentado nos direitos e garantias fundamentais – e com modelo de processo instituído pela Constituição do país.

Por fim, cabe frisar, uma vez mais, que a edição de normas pretorianas uniformizadoras de interpretações divergentes e estabilizadoras de expectativas normativas é o resultado desejado do exercício da jurisdição no âmbito dos tribunais superiores. Essas normas são exteriorizadas e institucionalizadas por meio da *ratio decidendi* contida nos precedentes, que pode ser estampada em um enunciado de súmula.

São essas normas, editadas por tribunais superiores, que podem ter eficácia retroativa ou prospectiva. É apenas com relação a elas que há sentido em se falar de modulação no tempo dos efeitos das decisões judiciais em determinadas situações, como nos casos de reviravoltas jurisprudenciais.

⁴⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 278.

⁴⁷¹ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano VIII, n. 46, jan./fev. 2012, p. 101.

⁴⁷² CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983, p. 648.

3.4 ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS FUNÇÕES DE SEUS TRIBUNAIS NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Assim como seus congêneres alhures, o Poder Judiciário brasileiro é arquitetado de forma ramificada e hierarquizada, tendo suas linhas mestras traçadas pela Constituição.

Ramificada, porque a competência dos órgãos jurisdicionais é determinada de acordo com a natureza dos conflitos cujo processo e julgamento lhes é confiado pela Constituição. Tem-se, no país, as Justiças Especializadas do Trabalho, Eleitoral e Militar (da União e dos Estados), com competência para julgar causas trabalhistas, eleitorais, ações penais envolvendo crimes militares e ações cíveis contra atos disciplinares militares, respectivamente, e a Justiça Comum, exercida pelas Justiças Federal e Estadual, que detém competências residuais não expressamente atribuídas aos juízes e tribunais especializados.

Hierarquizada, porque as Justiças Especializadas e Comum possuem sucessivas instâncias decisórias escalonadas. Há as instâncias ordinárias da Justiça Comum, formada pelos juízes federais e estaduais e pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados. Jurisdicionalmente acima desses órgãos, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça, que funciona como instância extraordinária da Justiça Comum.

As Justiças Especializadas são dotadas de algumas particularidades, especialmente no que tange à Justiça Militar da União, cujo Tribunal Superior Militar, atua, de regra, como órgão revisional ordinário⁴⁷³, cujo desenho hierárquico-institucional é semelhante ao das instâncias ordinárias da Justiça Comum.

As instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho são compostas por juízes do trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho; as instâncias ordinárias da Justiça Eleitoral⁴⁷⁴, por juízes eleitorais e pelos Tribunais Regionais Eleitorais. A instância extraordinária da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral é composta pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Tribunal Superior Eleitoral, respectivamente.

Sobrepondo-se a todos os juízes e tribunais, ordinários ou superiores, acima mencionados, situa-se o Supremo Tribunal Federal, órgão também componente da instância extraordinária do Poder Judiciário e que detém competência para dar a última palavra sobre questões envolvendo a interpretação constitucional.

⁴⁷³ Cf. arts. 110, 116 e 126 do Código de Processo Penal Militar (instituído pelo Decreto-Lei 1.002/1969), os quais, regulamentando o art. 124, parágrafo único, da Constituição, atribuem competência ao TSM para julgar recursos em sentido estrito e apelações em face das decisões proferidas pelo Conselho de Justiça ou auditor militar.

⁴⁷⁴ Nos termos do art. 118, IV, da Constituição, também as juntas eleitorais são órgãos integrantes da Justiça Eleitoral, presididas por um juiz de direito e que possuem atribuições administrativas fixadas no art. 40 do Código Eleitoral.

Destarte, quanto ao *iter* procedimental a ser seguido segundo a Constituição (excetuadas as hipóteses em que o STF e o STJ, assim como os tribunais ordinários, detêm competências originárias para o processo e julgamento de determinadas causas), as ações judiciais iniciam-se na primeira instância, cabendo aos juízes processá-las e julgá-las; suas decisões, via de regra, são impugnáveis por meio de recursos de natureza ordinária (como a apelação, o agravo de instrumento e o recurso ordinário trabalhista), que são apreciados pelo tribunal a que são vinculados.

Finalmente, as decisões colegiadas proferidas em única ou última instância pelos tribunais ordinários são impugnáveis por meio dos recursos extraordinários ou excepcionais, que, uma vez admitidos, viabilizam o acesso às instâncias superiores do Poder Judiciário.⁴⁷⁵

A cognição exercida pelos juízes é bastante ampla, assim como o é a dos tribunais de segundo grau, haja vista a equivalente extensão da devolutividade dos recursos ordinários.

O “fácil e amplo” acesso aos tribunais de segundo grau, por meio desses recursos de matiz ordinária, é corolário das garantias do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos inerentes, vazadas no art. 5º, LV, da Constituição de 1988. Da ampla defesa se extrai o princípio do duplo grau de jurisdição⁴⁷⁶, inspirado na ideia de que as decisões judiciais se aproximem “o mais possível do justo: a revisão do julgado por um órgão colegiado mais experiente diminui sensivelmente a possibilidade de erro judiciário, e atende ao natural anseio da parte sucumbente de que seu caso seja reexaminado por outros julgadores”.⁴⁷⁷

Os órgãos das instâncias ordinárias gozam, portanto, da prerrogativa de formular juízos definitivos sobre a matéria fática controvertida no processo, cabendo-lhes, soberanamente, definir se e como os fatos alegados pelas partes ocorreram no plano concreto para, então, interpretando e aplicando a Constituição e as leis, decidir o litígio da maneira mais justa possível.

Esse tipo de atividade jurisdicional, como se nota, se enquadra na função dikelógica vislumbrada na teoria geral do Direito.

⁴⁷⁵ No caso do STF, nos termos do art. 102, III, da Constituição, ainda é possível que outras decisões, que não emanadas de Tribunais Regionais Federais e de Justiça, possam ser levadas ao STF por meio do recurso extraordinário – desde que, evidentemente, envolvam matéria constitucional e tenha havido o esgotamento dos meios de impugnação ordinários previstos na legislação processual – como é o caso dos acórdãos proferidos pelas turmas recursais dos Juizados Especiais Federais e Estaduais e das sentenças proferidas por juízes de primeiro grau nas causas de alçada das execuções fiscais. Cf. Súmula 640 do STF, verbis: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

⁴⁷⁶ Art. 8º, *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁴⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

A seu turno, os tribunais superiores – STF, STJ, TST e TSE – devem acolher “a verdade dos fatos” da causa exatamente como declarada pelos tribunais ordinários, não podendo, no jargão jurídico, “revolver matéria fática” ou “reexaminar provas”⁴⁷⁸, pois não possuem, como função precípua, realizar a justiça do caso concreto.^{479 480}

Assim, esses tribunais superiores hão de tomar os fatos tais como reconstruídos pelos tribunais *a quo*, a partir da interpretação do acervo probatório realizada pelas instâncias ordinárias, para, caso se façam presentes os pressupostos de admissão do apelo excepcional, aplicar o Direito à espécie, julgando a causa, conforme preconiza a Súmula 456 do STF.⁴⁸¹

A devolutividade dos recursos extraordinários *lato sensu* é, com efeito, bastante mais restrita do que a inerente aos recursos ordinários, o que se justifica diante da missão institucional confiada aos tribunais superiores pela Constituição. Fosse o grau da devolução recursal extraordinária tão amplo quanto o da jurisdição ordinária, os tribunais superiores trabalhariam como instâncias meramente revisoras – terceira ou quarta instância ordinária –, em tudo igual ao funcionamento dos tribunais inferiores, e não como instância extraordinária, consoante determinado, como regra geral, pela Constituição.

Destarte, os recursos de natureza extraordinária dirigidos ao STF, ao STJ ao TST e ao TSE viabilizam apenas a revisão *in iure*, isto é, o re julgamento das questões de direito enfrentadas, de forma expressa ou tácita, pelo tribunal de origem. Entre as questões prequestionadas pelos tribunais inferiores, incluem-se naturalmente aquelas sobre a qualificação jurídica dos fatos realizada no acórdão recorrido, permitindo-se à corte superior, preservada a visão dos acontecimentos fixada pelo acórdão *a quo*, extrair consequências jurídicas diversas.⁴⁸²

⁴⁷⁸ Todos os tribunais superiores possuem súmulas dispendo nesse sentido. Confiram-se:

STF – Súmula 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”; Súmula 454: “Simple reinterpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”; STJ – Súmula 05: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”; Súmula 07: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”;

TST – Súmula 126: “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas”;

TSE – Súmula 24: “Não cabe recurso especial eleitoral para simples reexame do conjunto fático-probatório”.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, já em 1963, José Afonso da Silva obtemperava que “os recursos têm, em regra, sua fundamentação no interesse que tem o Estado em ministrar decisões as mais justas possível [...] O Recurso Extraordinário, entretanto, não visa fazer justiça subjetiva, justiça às partes, a não ser indiretamente, tanto é que não tem cabimento por motivo de sentença injusta”. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 105.

⁴⁸⁰ Essa ideia pode ser inferida, por exemplo, pelo teor do enunciado 400 da Súmula do STF: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal”.

⁴⁸¹ “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

⁴⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 601-602.

Desse modo, da adequada leitura do traçado constitucional, infere-se que, de fato, a missão institucional dos tribunais superiores no Brasil é conferir unidade, clareza e certeza ao Direito objetivamente considerado (nomofilaquia). Essa função foi bastante reforçada pelo CPC/2015, que qualificou determinadas decisões judiciais como precedentes obrigatórios fortemente vinculantes (art. 927).

Além disso, certo é que o desejo constitucional de outorga de unidade, clareza e certeza ao Direito, confiado ao Poder Judiciário, pressupõe que o STF e os demais tribunais superiores uniformizem a interpretação da Constituição e das leis federais para que seus precedentes uniformizadores possam atuar como efetivos paradigmas decisórios a serem observados pelos juízes e tribunais inferiores.⁴⁸³

Dessume-se, pois, que as funções uniformizadora e paradigmática são corolários da nomofilaquia exercida pelas cortes superiores.

Nesse sentido, o papel nomofilático, uniformizador e paradigmático do STF, do STJ e do TSE emana diretamente das competências recursais extraordinárias expressas nos arts. 102, III, *a*, 105, III, *a e c*, e 121, §4º, I e II, que assim dispõem:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

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

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

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

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Ressaltando o caráter paradigmático e uniformizador dos precedentes, Karl Larenz pondera que: “os tribunais resolvem casos concretos. Uma opinião jurídica expressa por um tribunal [...] tem, por isso, unicamente importância direta para o caso concreto a resolver. Mas o tribunal pretende que a sua resolução esteja de acordo com o Direito vigente [...] aqui inclui-se simultaneamente a afirmação de que, no futuro, todo caso semelhante há de ser resolvido de acordo com a máxima assim estabelecida [...]. Indiretamente, qualquer resolução judicial pode, por isso, atuar mediante o conteúdo da sua fundamentação, para além do caso concreto decidido. Com efeito, na medida em que responda à pretensão nela suscitada representa um paradigma, um modelo para futuras resoluções que refiram a casos semelhantes, nos quais tenha relevância a mesma questão jurídica. De fato, os tribunais, especialmente os tribunais superiores, procuram orientar-se em grande medida por tais resoluções paradigmáticas – pelos precedentes –, o que é útil à uniformidade e à continuidade da jurisprudência e, ao mesmo tempo, sobretudo, à segurança jurídica”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 610-611.

⁴⁸⁴ Com relação à competência do TSE, o art. 22, II, do Código Eleitoral, regulamentando o dispositivo em tela, estipula que: “Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: II - julgar os recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais nos termos do Art. 276 inclusive os que versarem matéria administrativa”. Por sua vez, o art. 276 prevê o cabimento de recurso especial eleitoral, nos seguintes termos: “Art. 276. As decisões dos Tribunais Regionais

§4º Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:
 I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;
 II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

Já com relação às atribuições institucionais do TST, o art. 111-A, §§1º e 3º estabelece apenas que:

§1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.
 §3º Compete ao Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Como se vê, a Constituição delegou ao legislador ordinário a definição das competências originárias e recursais do TST. Evidentemente, a fixação de suas atribuições não pode destoar de sua posição institucional de tribunal de vértice da Justiça do Trabalho, conferida pelo art. 111, I, da Constituição e nem da missão constitucional expressamente atribuída aos seus equivalentes hierárquicos – o STJ e o TSE.

Nesse sentido, regulamentando o §1º do art. 111-A da Carta de 1988, o art. 896 da CLT traz disposições substancialmente idênticas às contidas nos arts. 105, III, *a e c*, e 121, §4º, da Constituição. Confira-se:

Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:
 a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;
 b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;
 c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

Da adequada leitura e compreensão da organização hierárquica do Poder Judiciário e dos instrumentos processuais conferidos pelo texto constitucional aos tribunais superiores como

são terminativas, salvo os casos seguintes em que cabe recurso para o Tribunal Superior: I - especial: a) quando forem proferidas contra expressa disposição de lei; b) quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais”.

meio para viabilizar o exercício de suas atribuições, observa-se que, de fato, a Constituição fez uma nítida cisão funcional entre os órgãos judiciários das instâncias ordinária e extraordinária.

Como assinalado no tópico anterior, filosoficamente, essa segmentação funcional deita raízes na razão prática, da qual decorre a necessidade de conferir utilidade, logicidade e otimização ao sistema de justiça brasileiro.

3.5 O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES INSTITUÍDO PELO CPC/2015

3.5.1 A consolidação do “novo” paradigma: o reconhecimento formal de determinadas decisões judiciais como fontes do direito

O sistema jurídico brasileiro encontra-se profundamente imerso no movimento de convergência entre *civil law* e o *common law*⁴⁸⁵, entre outras razões, em virtude do reconhecimento cada vez mais frequente de determinadas decisões judiciais como fonte do Direito.⁴⁸⁶

O CPC/2015 representa, assim, o ápice desse movimento, na medida em que instituiu um sistema bem organizado de precedentes formalmente vinculantes, visando a “dimensionar normativamente premissas mínimas para o uso do Direito jurisprudencial no Brasil”.⁴⁸⁷

Os arts. 926, 927 e 489, §1º, V e VI, do CPC/2015 consubstanciam o “núcleo dogmático do modelo de precedentes brasileiro”⁴⁸⁸, “pilares do novo sistema do processo civil”, veiculadores de normas fundamentais⁴⁸⁹, e, na compreensão de Araken de Assis, causaram uma “revolução metodológica” no sistema processual do país e resgataram o precedente judicial vinculante como fonte formal do Direito.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 531-532.

⁴⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 312.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 354.

⁴⁸⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 346.

⁴⁸⁹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento*. v. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 62.

⁴⁹⁰ ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro*. Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 220-221. Em sentido semelhante, Hermes Zaneti Jr. aduz que “os precedentes representam uma mudança paradigmática no novo CPC [...] são sem dúvida uma das maiores mudanças da nova legislação [...] o Direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária no nosso ordenamento jurídico”. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1305.

3.5.2 Deveres dos tribunais na perspectiva da Constituição e do CPC/2015

O Estado de Direito no Brasil – e no estrangeiro – erige-se sob dois princípios: a segurança jurídica e a justiça, que se sobrepõem parcialmente, se complementam e entram em frequente rota de colisão no processo de concretização normativa. A realização desses valores magnos é o dever último dos poderes instituídos da República Federativa do Brasil.

Com efeito, assim como ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo, o papel sublime do Poder Judiciário, observadas as particularidades inerentes ao modo pelo qual exerce a jurisdição, é também entregar segurança e justiça a partir de uma dimensão geral – mais abstrata e obrigatória para todos os cidadãos – e individual – mais concreta e obrigatória para um cidadão ou grupo de cidadãos.

Obviamente, a contrapartida do cometimento de determinadas funções e prerrogativas aos Poderes instituídos é a imposição dos correlatos deveres. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm, portanto, o poder-dever de prestar justiça e segurança e fazem-no de acordo com as particularidades inerentes às formas e aos procedimentos por meio dos quais exteriorizam as suas decisões, sempre tomadas em nome e de acordo com a vontade do povo, do qual advém todo o poder, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição.

O Poder Judiciário desempenha seu poder-dever de prestar justiça e segurança pela atividade jurisdicional, exercida por intermédio do processo, instaurado a partir do exercício do direito de ação, exteriorizando sua “vontade” – ou, mais precisamente, “a vontade do povo” – por meio de decisões monocráticas e colegiadas; considerando-se que os juízes não são democraticamente eleitos pelo povo, a legitimidade da atividade jurisdicional assenta-se no dever de fundamentação das decisões, como determina o art. 93, IX, da Carta de 1988.

Dado o escopo limitado do presente trabalho, não interessa aqui perquirir sobre a justiça intrínseca às decisões dos tribunais em geral – se são boas ou ruins, acertadas ou equivocadas –, mas, sim, sobre o dever de os tribunais superiores incrementarem a segurança jurídica no processo e pelo processo, notadamente pelo manejo de técnicas de modulação dos efeitos temporais de precedentes revogadores.

3.5.2.1 Deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

Art. 926, caput, do CPC/2015: a pedra de toque do sistema de precedentes

O art. 926, caput, do CPC/2015 impõe obrigações a todas as cortes judiciárias ao preconizar que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Evidentemente, é importante que os tribunais ordinários também observem o mandamento em questão. Contudo, os deveres explicitados no dispositivo em comento ganham especial importância quando se voltam para a atuação dos tribunais superiores (STF, STJ, TST e TSE).

Não há como conferir unidade, clareza e certeza ao ordenamento, valores que revestem a noção de nomofilaquia, sem que os tribunais superiores mantenham sua “jurisprudência” uniforme, estável, íntegra e coerente.

É cumprindo essas obrigações que os sodalícios cumprem adequadamente seu mister constitucional, proporcionando coesão ideológica e sistematização jurisprudencial a todo o ordenamento jurídico.⁴⁹¹

A divergência jurisprudencial – consistente na dispersão de interpretações dos textos legislativos ou na apresentação de respostas diferentes para uma mesma questão jurídica –, a despeito de ser algo natural e esperado no âmbito do Poder Judiciário, é um acontecimento grave e fator de instabilidade jurídica que deve ser dispersado com a maior brevidade possível, por meio dos mecanismos de uniformização interna e externa de jurisprudência previstos na legislação processual, ponto que será retomado no capítulo seguinte.

A dispersão interpretativa sobre o conteúdo e o alcance dos princípios e regras positivados na ordem jurídica, apesar de ser inicialmente saudável – na medida em que o próprio sistema jurídico viabiliza a participação argumentativa da comunidade como um todo (juízes, advogados, promotores, defensores públicos, doutrinadores e a sociedade civil) no *iter* de formação da “melhor norma possível”⁴⁹² –, pois enriquece o processo de construção dialética do Direito, deve ser eliminada dentro de um prazo razoável, não demasiado longo, sob pena de sério comprometimento da estabilidade, integridade e coerência do ordenamento jurídico.

Com efeito, a uniformização da jurisprudência promove, a um só tempo, segurança jurídica e igualdade, eis que, tendencialmente, o sistema jurídico, ao conferir unidade ao ordenamento, reduz a níveis toleráveis o risco de haver decisões diferentes em casos substancialmente iguais.

Por sua vez, o valor estabilidade traz em si a ideia de que o ordenamento jurídico deve ser duradouro, contínuo e permanente, pois só assim o Direito, conglobantemente

⁴⁹¹ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 507-508.

⁴⁹² Dando a ensejo à formação daquilo que Peter Häberle denomina de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, uma vez que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *Revista da DPU*, nov./dez. 2004, p. 27.

considerado, poderá adequadamente guiar as condutas humanas no curto, médio e longo prazos, permitindo que as pessoas possam razoavelmente planejar suas ações. A estabilidade do ordenamento jurídico é, pois, condição fundamental para a garantia da liberdade e para o funcionamento institucional, porque o exercício das liberdades pressupõe a credibilidade das condições normativas e das instituições jurídicas.⁴⁹³ Sem previsibilidade não há direito: há caos.⁴⁹⁴

A estabilidade encerra, assim, uma vertente da dimensão objetiva da segurança jurídica. É preciso que, assim como as leis, as decisões judiciais tenham um mínimo de continuidade, “até mesmo para que o Estado de Direito não seja um Estado provisório, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade de se impor aos cidadãos”⁴⁹⁵. Destarte, o apelo do legislador à estabilização da jurisprudência contrapõe-se à ideia de mudança, porque as alterações de entendimento afetam a credibilidade institucional do Direito como pressuposto do exercício potencial das liberdades.⁴⁹⁶

Há que se ressaltar, porém, que o ideal de estabilidade normativa-jurisprudencial não é incompatível com a necessidade de mudança, que, não raro, é uma demanda da própria sociedade, decorrente da evolução política, social, econômica e tecnológica verificada em cada momento histórico e que gera novos anseios sociais. Portanto, a estabilidade normativa também serve de chave para a construção de pontes em momentos de ruptura, viabilizando a alteração de posições jurídicas estáveis, mediante o estabelecimento de regras de transições destinadas a suavizar os impactos das alterações jurisprudenciais. A continuidade torna, assim, as posições jurídicas tendencialmente estáveis, sem, contudo, apelar para a sua imutabilidade.⁴⁹⁷

Destarte, sem provocar o engessamento do Direito, o art. 926, *caput*, do CPC/2015, milita a favor da manutenção do *status quo*, instando os tribunais a seguirem a sua própria jurisprudência, assim como os precedentes dos tribunais superiores.⁴⁹⁸

⁴⁹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 359.

⁴⁹⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 37.

⁴⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Princípio da segurança dos atos jurisdicionais*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-Princ%C3%ADpio-da-Segur%C3%A7a-dos-Atos-Jurisdicionais-MARINONI.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019, p. 09.

⁴⁹⁶ ÁVILA, op. cit., p. 359.

⁴⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 366.

⁴⁹⁸ Nesse sentido, dispõe o enunciado 453 Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes”.

Já os deveres de coerência e integridade se sobrepõem e guardam relação direta com a ideia de consistência.^{499 500}

Segundo Luís Roberto Barroso, o dever de coerência “pode ser associado à precisão e constância na utilização das categorias jurídicas, à consideração devida aos precedentes e à prevenção de conflitos de interpretação”⁵⁰¹.

Já Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que “sem o princípio da integridade, não funciona o *due process of law*” e que “embora a integridade não responda integralmente pelo modo como age, de fato, o legislador, ela deve ser levada em conta pelo aplicador da lei. Afinal, trata-se de um princípio que dá o primeiro sentido de orientação à conduta do cidadão”.⁵⁰²

Do ponto de vista estático, consoante explica Humberto Ávila, coerência significa a relação gradual de suporte que determinada alternativa obtém do conjunto do ordenamento jurídico e, do ponto de vista dinâmico, a exigência de aplicação uniforme das normas, enquanto a consistência corresponde à dimensão formal da coerência a significar a exigência de não-contradição entre as normas tanto na fase de sua edição pelo Poder Legislativo quanto na fase de sua aplicação.⁵⁰³

Desse modo, a coerência também opera como fator robustecedor da confiabilidade e calculabilidade das pessoas no sistema normativo, concorrendo para que se concretize a

⁴⁹⁹ A propósito, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco e Flávio Quinaud Pedron lembram que as noções de integridade e coerência se ligam umbilicalmente à concepção teórica de Dworkin, que ensinou que o intérprete deve analisar o Direito como um romance em cadeia. Para ele a interpretação do Direito é sempre construtiva: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes, elaborada por um grupo em certo período, é também produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura) àquela construção referida. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 351-352. Ronald Dworkin assim exemplifica a ideia do Direito como romance em cadeia: “suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. [...]. Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. Cada juiz é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-238.

⁵⁰⁰ Hermes Zaneti Jr., a despeito de reconhecer a conexão direta entre integridade e coerência, procura afastá-las um pouco das concepções desses termos traçadas por Dworkin. ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 365-366.

⁵⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81 (nota de rodapé).

⁵⁰² FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri/SP: Manole, 2008, p. 26.

⁵⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 350.

aspiração teórico-doutrinária de que a ordem jurídica é composta não de um “amontoado de regras e atos descoordenados” ou de um “emaranhado de pontos perdidos”, mas sim de um sistema coeso, que autoriza projeções futuras (viés prospectivo) e avaliações da repercussão dos atos praticados no passado (viés retrospectivo), conforme pondera Antonio do Passo Cabral.⁵⁰⁴

De tudo isso, infere-se que todos os deveres dirigidos aos tribunais, previstos no art. 926, caput, do CPC/2015, são eloquentes manifestações do princípio da segurança jurídica, razão pela qual esse dispositivo, de profunda feição principiológica, consiste na pedra de toque do sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015.

Justamente em virtude do seu elevadíssimo caráter axiológico, o dispositivo em tela corporifica a cláusula geral do sistema jurídico-processual do inarredável dever dos tribunais de promoverem a segurança jurídica em todas as suas vertentes.

3.5.2.2 *Segurança jurídica na mudança do Direito: irretroatividade e proteção da confiança*

Discorrendo sobre o princípio da segurança jurídica, com a argúcia que lhe é peculiar, Canotilho ensina que:

[...] o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.⁵⁰⁵

Historicamente, segundo relata Valter Shuenquener de Araújo, a utilização do princípio da proteção da confiança, como forma de proteção normativa em face dos atos do Poder Judiciário, surgiu da necessidade de a ordem jurídica lidar com situações envolvendo bruscas alterações em entendimentos consolidados pelos tribunais.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 368.

⁵⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

⁵⁰⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 173.

A proteção da confiança, que guarda estreita conexão com o princípio da boa-fé⁵⁰⁷, demanda que as expectativas legítimas dos jurisdicionados sejam preservadas, por meio da aplicação da jurisprudência antiga na solução de causas pretéritas referentes a episódios já consumados no tempo, de modo que a nova orientação pretoriana só deverá incidir sobre fatos ocorridos após a sua divulgação oficial.⁵⁰⁸

O princípio em questão encontra o seu fundamento na necessidade de proteger a confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas e do próprio ordenamento, o que, segundo Ingo Sarlet, tem reclamado o reconhecimento (para além da salvaguarda dos direitos adquiridos) de certo grau de proteção das expectativas de direitos, bem como da necessidade de estabelecer regras de transição razoáveis, nos casos de alteração de determinados regimes jurídicos.⁵⁰⁹

Nesse prisma, salienta Humberto Ávila, o princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular – não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito – exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, crendo na validade – ou na aparência de validade – de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração de sua invalidade.⁵¹⁰

Por isso, a configuração da proteção da confiança envolve a existência de (a) uma base da confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público.⁵¹¹

Não se pode olvidar, entretanto, que os princípios da segurança jurídica – em sua perspectiva dinâmica – e da proteção da confiança possuem pontos de convergência. Eles se interligam em alguma medida, uma vez que ambos são formas de promoção da estabilidade

⁵⁰⁷ NERY JÚNIOR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 83; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 28, 2005, p. 105-106.

⁵⁰⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 177.

⁵⁰⁹ SARLET, op. cit., p. 104-105.

⁵¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 374-375.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 375.

normativa em seu aspecto temporal e constituem “formas de tutela contra mudanças de curso nas posições jurídicas”.⁵¹²

De outro lado, informa Ávila, os pontos de distinção entre esses princípios podem ser enunciados de acordo com os seguintes critérios:

- (a) âmbito normativo – enquanto o princípio da segurança jurídica diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, focando o âmbito macrojurídico, o princípio da confiança legítima relaciona-se com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, enfatizando um âmbito microjurídico;
- (b) âmbito pessoal – enquanto o princípio da segurança jurídica representa uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico, o princípio da confiança legítima protege o interesse de uma pessoa específica;
- (c) nível de concretização – enquanto o princípio da segurança jurídica refere-se, primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da confiança legítima pressupõe o nível concreto de aplicação;
- (d) amplitude subjetiva de proteção – enquanto o princípio da segurança jurídica serve de instrumento de proteção de interesses coletivos, o princípio da confiança legítima funciona como meio de proteção de interesse(s) individual(is); e
- (e) protetividade individual – enquanto o princípio da segurança jurídica é neutro com relação aos interesses dos cidadãos, podendo tanto ser usado em seu favor quanto em seu desfavor, o princípio da proteção da confiança só é utilizado com a finalidade de proteger os interesses daqueles que se sentem prejudicados pelo exercício passado da liberdade juridicamente orientada.⁵¹³

Da sistematização das diferenças acima enunciadas, pode-se afirmar que o princípio da segurança jurídica qualifica-se, sob o ângulo macrojurídico, como uma norma objetiva, abstrata e protetiva de interesses da coletividade, que serve, portanto, como instrumento de proteção “das confianças” ou do “conjunto das confianças” no ordenamento jurídico, ao passo que o princípio da proteção da confiança representa uma aplicação reflexiva, subjetiva e concretamente orientada do princípio objetivo da segurança jurídica, sendo veículo de proteção “de uma confiança”.⁵¹⁴

Ainda enfatizando o caráter objetivo e geral da segurança jurídica, há que se destacar que esse princípio atua independentemente da consciência do indivíduo, sem considerações

⁵¹² CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 372

⁵¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 377.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 377. Sustentando entendimento bastante próximo ao de Humberto Ávila, Antonio do Passo Cabral, igualmente apoiando-se em abalizada doutrina alemã, pontua as principais distinções entre os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, essa última sob a vertente que ele denomina de continuidade jurídica (compreendida por Ávila como confiabilidade) e conclui que a principal diferença entre eles reside no “caráter objetivo da aplicação da continuidade jurídica, que se diferencia da proteção da confiança porque desprovida de conteúdo subjetivo: a continuidade seria a face objetiva da segurança jurídica moderna, enquanto a proteção da confiança seria seu lado subjetivo. Isso porque a continuidade jurídica serve não apenas ao interesse individual de proteção de direitos subjetivos, mas também ao interesse público de constância do direito objetivo. Por isso, lançar mão da continuidade para a construção de um sistema de estabilidades é de fundamental importância porque possibilita uma dessubjetivização da tutela da segurança jurídica”. CABRAL, Antonio do Passo, op. cit., p. 372-373.

acerca de seu conhecimento sobre a situação geradora de expectativas legítimas, podendo também ser aplicado contrariamente aos interesses dos indivíduos por incorporar valores sistêmicos objetivos.⁵¹⁵

Destarte, conforme bem ressalta Antonio do Passo Cabral, os cidadãos podem vindicar a tutela de seus direitos com base na garantia de manutenção da continuidade do ordenamento jurídico, sendo desnecessário perquirir se eles tinham efetiva ciência de uma norma estatal anterior qualquer e, por conseguinte, se se programaram e agiram com base na expectativa gerada por essa norma, praticando atos concretos ou deixando de praticá-los.⁵¹⁶

O Estado, de modo geral, e o Poder Judiciário, em particular, têm o dever de fazer atuar a segurança-previsibilidade (ou segurança-continuidade) quando promovem alterações inesperadas das normas, não somente no campo do direito material (administrativo, tributário e previdenciário), mas também na esfera do direito processual, como no âmbito dos mecanismos de coletivização e nas mudanças de jurisprudência consolidada e superação de precedentes.⁵¹⁷

Enfim, o princípio da segurança jurídica revela a face geral da confiança, protegendo o interesse de todos e, assim, vinculando-se à justiça geral, enquanto o princípio da proteção da confiança evidencia a face individual da confiança, associando-se à justiça individual.⁵¹⁸

Na perspectiva do presente trabalho, o princípio da irretroatividade do Direito, como fica claro, é uma manifestação objetiva do princípio da segurança jurídica, que visa a tutelar todo o ordenamento jurídico objetivamente considerado e, reflexamente, os cidadãos. Já o princípio da proteção da confiança encerra uma manifestação subjetiva do princípio da segurança jurídica, que visa a tutelar o direito subjetivamente considerado, i.e., as posições jurídicas individuais e os direitos adquiridos daqueles que agiram de boa-fé.

O fundamento legitimador da modulação dos efeitos temporais, no prisma aqui defendido, é a irretroatividade do Direito; daí exsurge a pretensão de estender o campo de incidência do direito intertemporal para regular a “sucessão de determinadas decisões judiciais no tempo”.

O direito intertemporal, como visto no capítulo anterior, a despeito de comportar variações interpretativas acerca do conceito de irretroatividade normativa (teorias objetiva e subjetiva), que é a linha-mestra desse ramo jurídico, fornece critérios mais seguros, fundados

⁵¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 373.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 373.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 374.

⁵¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 377-378.

em regras legais mais claras e objetivas, disciplinadoras da eficácia das leis no tempo – notadamente da sucessão de leis no tempo –, as quais, respeitadas as particularidades do processo decisório exercido pela via jurisdicional, são plenamente aplicáveis no que tange à sucessão de precedentes dos tribunais superiores no tempo.

Se é inegável que, observados certos requisitos, o STF e os demais tribunais superiores podem alterar seus precedentes, é igualmente incontestável que essas cortes têm o dever de alterá-los com base nos critérios mais seguros e objetivos existentes, que, no ordenamento jurídico brasileiro, são fornecidos pelo direito intertemporal. Isso, sem dúvida, beneficia diretamente ou indiretamente toda a sociedade, trazendo maior confiabilidade e calculabilidade ao Direito, dimensões dinâmicas da segurança jurídica que serão tratadas no tópico seguinte.

3.5.2.3 Dever de promoção da segurança jurídica: cognoscibilidade, confiabilidade (previsibilidade) e calculabilidade do Direito

Conforme explica Humberto Ávila, objetivamente considerada, a segurança jurídica pode ser compreendida sob uma dimensão estática e outra dinâmica.

Sob a dimensão estática ou atemporal, a segurança jurídica preocupa-se com a capacidade dos destinatários das normas, gerais ou particulares, de compreender os possíveis sentidos extraíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio das técnicas de interpretação. É nesse sentido que a segurança jurídica busca propiciar um elevado grau de certeza ao Direito, incrementando, na maior medida possível, a cognoscibilidade ou a compreensibilidade de suas normas.⁵¹⁹

Como já mencionado, sendo a segurança jurídica um dos pilares do Estado de Direito, cabe indistintamente aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, dentro de suas atribuições constitucionais, concretizá-la e maximizá-la, incrementando, na maior medida possível, o grau de cognoscibilidade do Direito conglobantemente considerado.

Uma vez que a lei é a fonte jurídico-normativa mais importante, que inova na ordem jurídica e que representa a mais relevante dimensão do princípio democrático (CF, arts. 1º, *caput* e parágrafo único, 5º, II, e 37, *caput*), o ponto de partida do infundável processo de criação e recriação do Direito assenta-se, via de regra, no Poder Legislativo. Assim, o legislador deve dar sua contribuição para incrementar a cognoscibilidade do Direito por meio da edição de leis redigidas da forma mais clara, coerente e objetiva possível.

⁵¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 137.

Contudo, as leis, dada a sua natureza abstrata, não se cumprem só por sua edição. A compreensão das leis e sua efetividade dependem da ação dos Poderes Executivo e Judiciário e de sua observância voluntária pelos cidadãos.

Assim, por mais bem elaborados que sejam os textos legais, por mais claras e coerentes que sejam suas disposições, por melhor que seja a técnica legislativa empregada, o grau de cognoscibilidade da lei é, em tese, menor do que o das decisões administrativas e jurisdicionais exaradas com base em suas prescrições.

Isso se dá porque essas decisões interpretam a lei à luz de fatos e produzem outras normas jurídicas, gerais ou individuais, que muitas vezes são extraídas de um conjunto de regras legais contidas em uma ou diversas leis, cujo sentido tende a ser mais concreto e específico do que o emanado da lei. Calha citar dois exemplos para evidenciar essa assertiva.

A partir da análise conjugada do art. 201, §7º, II, da Constituição c.c. arts. 39, I, 55, §§2º e 3º e 106 da Lei 8.213/1991, o STJ firmou jurisprudência referente a diversas questões ligadas aos direitos dos trabalhadores rurais a benefícios previdenciários⁵²⁰ e editou duas súmulas tratando especificamente dos meios de comprovação de seus direitos, que preconizam:

Súmula 149. A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

Súmula 577. É possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório.

Em sede administrativa, a Advocacia-Geral da União também editou súmula acerca dos meios de comprovação do tempo de serviço rural, que prevê o seguinte:

⁵²⁰ v.g. Tema 532: O trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar, incumbência esta das instâncias ordinárias (Súmula 7/STJ). (STJ, Primeira Seção, REsp 1304479/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.10.2012, DJe 19.12.2012); Tema 642: O segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Ressalvada a hipótese do direito adquirido, em que o segurado especial, embora não tenha requerido sua aposentadoria por idade rural, preencher de forma concomitante, no passado, ambos os requisitos carência e idade. (STJ, Primeira Seção, REsp 1354908/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.09.2015, DJe 10.02.2016). Ainda: “A vedação disposta no art. 55 da Lei 8.213/1991, que impede o cômputo da atividade rural para fins de carência, se dirige à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, não havendo que se falar em óbice para cômputo para aposentadoria por idade, como é a aposentadoria híbrida. É entendimento pacífico desta Corte que os rurícolas em atividade por ocasião da Lei de Benefícios, foram dispensados do recolhimento das contribuições relativas ao exercício do trabalho no campo, substituindo a carência pela comprovação do efetivo desempenho do labor agrícola, nos termos dos arts. 26, I e 39, I da Lei 8.213/1991”. (STJ, Primeira Seção, EDcl no REsp 1674221/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.11.2019, DJe 02.12.2019).

Súmula 32. Para fins de concessão dos benefícios dispostos nos artigos 39, inciso I e seu parágrafo único, e 143 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, serão considerados como início razoável de prova material documentos públicos e particulares dotados de fé pública, desde que não contenham rasuras ou retificações recentes, nos quais conste expressamente a qualificação do segurado, de seu cônjuge, enquanto casado, ou companheiro, enquanto durar a união estável, ou de seu ascendente, enquanto dependente deste, como rurícola, lavrador ou agricultor, salvo a existência de prova em contrário.⁵²¹

No âmbito do direito processual civil, o STF, apreciando recursos extraordinários, processados sob o regime da repercussão geral, fixou as seguintes teses:

REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.⁵²² EXECUÇÃO – AÇÃO COLETIVA – RITO ORDINÁRIO – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial.⁵²³

Em um desses julgados, o cerne da controvérsia residiu na fixação do conteúdo e do alcance da expressão “quando expressamente autorizadas”, contida no art. 5º, XXI, da Constituição⁵²⁴, tendo a Suprema Corte definido que a representação processual de associações para fins de propositura de ações coletivas impescinde de autorização expressa e individualizada de seus associados, de forma que os efeitos favoráveis oriundos da sentença de mérito ficam restritos àqueles que deram sua anuência ao ajuizamento da causa. Com isso, o STF afastou interpretações no sentido de que bastaria a previsão no estatuto da entidade ou a autorização assemblear para legitimá-la a propor ações em prol de todos os associados.

⁵²¹ Ainda na esfera da Administração Pública, exemplificativamente, vale citar o enunciado 08 do Conselho de Recursos Fiscais da Previdência Social, que também traz normas sobre a forma de comprovação de atividades rurais para fins previdenciários, dentre as quais merecem destaques as previstas em seus incisos IV e VI, *in verbis*: IV - Quem exerce atividade rural em regime de economia familiar, além das tarefas domésticas em seu domicílio, é considerado segurado especial, aproveitando-se-lhe as provas em nome de seu cônjuge ou companheiro (a), corroboradas por outros meios de prova; VI - Não se exige que o início de prova material corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício, porém deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar, inclusive podendo servir de começo de prova documento anterior a este período.

⁵²² STF, Tribunal Pleno, RE 573232, rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 14.05.2014, DJe 18.09.2014.

⁵²³ STF, Tribunal Pleno, RE 612043, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.05.2017, DJe 05.10.2017.

⁵²⁴ Art. 5º, XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Como se nota, a partir desses exemplos, infere-se que, de fato, em maior ou menor medida, as decisões judiciais e administrativas têm o condão de aumentar o grau de cognoscibilidade do Direito, incrementando, assim, a segurança do sistema jurídico.

Noutro giro, sob a dimensão dinâmica, a segurança “refere-se ao problema da ação no tempo e prescreve quais são os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa “assegurar” direitos ao cidadão e, com isso, possa lhe servir de instrumento de proteção.⁵²⁵ Aqui, a segurança jurídica centra-se nas mudanças do Direito, com vistas a tutelar tanto o passado quanto o futuro. O Direito deve ser confiável e calculável.

No que tange à tutela do passado, a segurança jurídica veicula uma exigência de estabilidade na mudança, por meio da estipulação de regras de transição para, sempre que necessário, suavizar a passagem do direito passado para o direito futuro, evitando-se alterações abruptas na ordem jurídica. Nessa acepção, esse princípio resguarda a confiabilidade no Direito, concebida como a reivindicação de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis.⁵²⁶

Essa confiabilidade só existe se o cidadão puder “presentificar o passado”, se ele puder tornar seguro o passado no presente. Ela milita a favor da “segurança do passado” ou, mais exatamente, da garantia de estabilidade dos efeitos jurídicos atribuídos pelo Direito a atos praticados no passado. Enfim, a confiabilidade reivindica a existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes.⁵²⁷

No que tange à tutela do futuro, a segurança jurídica reclama a previsibilidade ou, mais precisamente, a calculabilidade do Direito, consistente na possibilidade de a maioria dos destinatários das normas poder antever, com um adequado nível de certeza, as consequências jurídicas de suas ações, ou seja, de prever os efeitos futuros de condutas presentes, o resultado no amanhã dos comportamentos realizados hoje⁵²⁸, impedindo que sejam surpreendidos com mudanças inesperadas.

Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder “presentificar o futuro”, se ele puder tornar seguro o futuro no presente, de modo a aumentar as suas possibilidades de ação. Ela

⁵²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 305.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 138.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 305-306.

⁵²⁸ O termo previsibilidade, segundo Ávila, – diversamente da calculabilidade – é mais consentâneo com a ideia (inatingível) de a segurança jurídica conferir *total* capacidade de antecipar as consequências jurídicas das condutas próprias ou alheias, isto é, de permitir que, com exatidão, se conheça hoje o Direito de amanhã, “antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado”. *Ibid.*, p. 139-140.

milita a favor da “segurança do futuro” ou, mais exatamente, da calculabilidade dos efeitos jurídicos futuros de atos praticados no presente.⁵²⁹

A questão concernente à modulação dos efeitos de uma decisão revogadora de precedente revela a tensão existente entre as razões que justificavam a edição de um novo precedente e a segurança jurídica, especialmente nas suas feições de confiança e previsibilidade⁵³⁰ ou, em outros termos, entre os fatores que militam a favor da mudança e da permanência.

3.5.2.4 Dever de estabelecer regras de transição: a segurança jurídica na mudança do Direito implementada pelos tribunais

A mudança de jurisprudência ou a alteração de precedentes não é algo necessariamente ruim, podendo, ao contrário, ser muitas vezes boa e desejável. Em certas circunstâncias, na prática, a “não mudança” das normas pretorianas pode representar o engessamento do Direito, um obstáculo ao desenvolvimento social, político, econômico ou jurídico. Normas obsoletas podem, enfim, implicar injustiça individual e geral.

Do ponto de vista teórico, a evolução jurisprudencial pode propiciar uma melhor compreensão a respeito de determinada questão jurídica, corrigir equívocos de decisões anteriores, decorrentes da “má interpretação” das leis ou da inadequada consideração de fatos ou de argumentos jurídicos relevantes.

Daí que se o ordenamento jurídico impuser um rigor desmesurado à possibilidade de mudanças do Direito, em geral, e dos precedentes, em particular, dificultando sobremaneira as alterações de entendimento, a manutenção do *status quo* pode ser bastante danosa para a sociedade.

Não obstante, se a excessiva dificuldade de promover mudanças é ruim, a mudança excessiva é ainda pior, pois acarreta a debilidade do Direito. Nesse sentido, cerca de trezentos e cinquenta anos antes do início da era cristã, Aristóteles já expunha a ideia de que:

[...] até mesmo os costumes e as leis escritas não devem permanecer inalterados para sempre. [Contudo] modificar levemente as leis é mau, pois a lei – para se fazer obedecer – não tem outra força que não seja o hábito; e este só se manifesta depois de um longo período, de tal forma que passar facilmente das leis existentes a outras leis novas resulta no enfraquecimento do poder das leis.⁵³¹

⁵²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 306.

⁵³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 662-663.

⁵³¹ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 193-194.

De fato, a mudança jurisprudencial⁵³², conforme explica Humberto Ávila, provoca um déficit de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico: se a antiga orientação não for mantida, haverá surpresa e frustração, abaladoras dos ideais de estabilidade e de credibilidade do ordenamento jurídico; se ela for abandonada, a orientação jurisprudencial futura, pela desconfiança na sua conformação, não será mais calculável. Desse modo, a falta de proteção da confiabilidade (passada) compromete a calculabilidade (futura) do Direito.⁵³³

Uma das decorrências do dever de continuidade normativa, prossegue Ávila, é a graduabilidade da mudança. A calculabilidade, por meio da continuidade do ordenamento jurídico, deve combater mudanças bruscas e drásticas: as primeiras são alterações que não são antecipáveis e que, por isso mesmo, surpreendem o seu destinatário, que não contava, nem podia contar, com as mudanças normativas; as segundas são modificações que, embora antecipáveis quanto à ocorrência, são bastante intensas nos seus efeitos. Assim, a calculabilidade “impede não apenas as mudanças bruscas, ainda que não drásticas, mas igualmente as alterações drásticas, mesmo que não bruscas”.⁵³⁴

Com efeito, quando uma norma vigente é bruscamente modificada, há perda de estabilidade do ordenamento jurídico, visto que os cidadãos, confiando na estabilidade temporal do ordenamento jurídico, têm enganada a sua expectativa de que a norma anterior iria continuar vigendo. A exigência de continuidade normativa impõe, assim, o “dever de evitar mudanças abruptas, desconexas ou inconsistentes, temperando a mudança e atribuindo ao Direito um ritmo estável”.⁵³⁵

Desse modo, do princípio da segurança jurídica exsurge o direito a um regime de transição justo⁵³⁶, impelindo o Estado a criar regras capazes de amortecer o impacto das alterações normativas na ordem jurídica.⁵³⁷ Com efeito, as regras de transição, ressalta Antonio do Passo Cabral, “funcionam como regra de fechamento sistêmico para um sistema de estabilidades fundado na continuidade jurídica, permitindo proteção da segurança sem valer-se da imutabilidade ou inalterabilidade dos conteúdos estáveis”.⁵³⁸

⁵³² Assim como a mudança das demais normas levadas a efeito por atos legislativos e administrativos de efeitos gerais ou concretos com fundamentação dotada de caráter vinculante, a ser aplicada em outros casos semelhantes.

⁵³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 479-480.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 612-613.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 613-614.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 614.

⁵³⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 224.

⁵³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 632.

Evidentemente, sendo a segurança jurídica um princípio magno do Estado de Direito brasileiro, como iterativamente salientado, o estabelecimento de regras de transição dirige-se não apenas ao Poder Legislativo, mas igualmente ao Executivo e ao Judiciário.

Por motivos históricos já declinados, associado ao dogma oitocentista da supremacia do parlamento, a instituição de regimes de transição foi pensada para disciplinar apenas a sucessão de leis no tempo. O direito intertemporal voltava-se basicamente para a tutela dos cidadãos em face do Poder Legislativo, pois não se vislumbrava utilidade em estendê-lo à atuação da Administração Pública ou do Judiciário ante a impossibilidade de criarem ou modificarem direitos.

No âmbito do Poder Legislativo, a transição é concretizada pelo vetusto princípio da irretroatividade, que tutela situações definitivamente constituídas, albergadas pelo direito adquirido – como um contrato de compra e venda com pagamento à vista – e pela instituição de regras transitórias destinadas a suavizar os efeitos da mudança, que tutelam situações não definitivamente constituídas, albergadas por legítimas expectativas de direito (por um “direito em constituição”) – como frequentemente ocorre no direito previdenciário, em que a formação dos direitos decorre de relação jurídicas complexas, as quais, muitas vezes, como no caso das aposentadorias, se estendem por décadas até a sua consolidação em direito adquirido.

No âmbito dos Poderes Executivo e Judiciário, responsáveis por interpretar e aplicar as leis, o regime de transição pode ser instaurado por meio da preservação da eficácia (geral e individual) da tese jurídica contida no precedente revogado ou pelo estabelecimento de medidas compensatórias, geralmente de caráter pecuniário, como pagamento de indenizações ou ajuda de adaptação (*anpassungshilfe*).⁵³⁹

A preservação da eficácia da decisão revogada significa afirmar que a *ratio decidendi* nela contida continua a reger as consequências dos fatos jurídicos ocorridos até o momento de sua revogação, ou seja, que, à semelhança das novas leis, a *ratio* contida no novo precedente não retroage ou, ainda, que o novo entendimento tem eficácia imediata, prospectiva ou *ex nunc*, o que equivale ao *prospective overruling* do *common law*.

Em momento oportuno, o legislador positivou importantes regras fixadoras de regime de transição, a ser concretamente estabelecido pelos “poderes executivos” – Administração

⁵³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 647-659; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 220-231.

Pública e Judiciário –, por meio de dispositivos como os arts. 21 e 23 da LINDB, 927, §3º, do CPC/2015 e 896-C, §17, da CLT.

3.5.3 Conceitos de jurisprudência, precedente, súmula e súmula vinculante

A adequada compreensão e aplicação do novo paradigma precedentalista sistematizado pelo CPC/2015 pressupõe a acurada conceituação dos termos que ele emprega.

O art. 926 do *Codex* faz menção aos termos “jurisprudência”, “enunciado de súmula correspondente a sua jurisprudência dominante” e “precedentes” e alude ao dever dos tribunais de manutenção de “jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente”.

O art. 927, por sua vez, refere-se ainda a “tese jurídica”, “tese adotada em julgamento de casos repetitivos”, “jurisprudência pacificada”, “questão jurídica”, “enunciados de súmula vinculante” e “enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”, expressões repetidas em outros dispositivos do Código.

Ademais, os arts. 489, §1º, V, e 979, §2º, do CPC/2015, aludem aos “fundamentos determinantes” do precedente ou da decisão. De forma semelhante, a recente Lei 13.874/2018 – conhecida como Lei da Liberdade Econômica – se vale da expressão “fundamentos determinantes extraídos do julgamento paradigma ou da jurisprudência consolidada”⁵⁴⁰, que é tecnicamente mais precisa.

Inicialmente, cabe salientar que jurisprudência, precedente e súmula são conceitos que não podem ser baralhados, não só em razão da necessidade de se observar o devido rigor científico, mas também para viabilizar a adequada operacionalização, na praxe forense, do sistema processual erigido em torno de decisões dotadas de eficácia vinculante.

Classicamente, conforme destacado no primeiro capítulo, no direito comparado, os precedentes apresentam-se sob dupla perspectiva: a) representam decisões solucionadoras de litígios pretéritos e restabelecedoras da paz social concretamente considerada (viés retrospectivo e subjetivo); e b) formam padrões normativos destinados a orientar a solução de novos processos sobre situações semelhantes, projetando-se, assim, para o futuro (viés prospectivo e objetivo).⁵⁴¹

⁵⁴⁰ Art. 19, §9º, da Lei 10.522/2002, acrescido pela Lei 13.874/2019.

⁵⁴¹ A conotação preponderantemente prospectiva e objetiva dos precedentes está sempre presente, de modo mais ou menos claro, na conceituação que lhe é dada pela doutrina estrangeira – formulada por autores de países da tradição do *common law* e também da *civil law* –, como já explanado em outro trabalho deste autor. ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 12. Neste sentido, Karl Larenz também assinala que “os precedentes são resoluções

Analisando-os sob a perspectiva do atual ordenamento jurídico brasileiro – partindo-se, obviamente, do modelo de processo instituído pela Constituição e da estruturação do Poder Judiciário nacional –, os precedentes, na ótica do presente trabalho, são decisões colegiadas proferidas pelos tribunais superiores (STF, STJ, TST e TSE), a partir da observância de um procedimento jurisdicional específico previsto em lei⁵⁴², que produzem “razões ou fundamentos determinantes para decidir casos futuros”⁵⁴³, “teses jurídicas” ou “padrões decisórios”⁵⁴⁴ necessariamente dotados de eficácia vinculante, devendo, por isso, ser obrigatoriamente aplicados na solução de litígios pendentes e futuros submetidos à apreciação do Poder Judiciário.⁵⁴⁵

A rigor, portanto, à luz do conceito acima proposto, todo precedente é vinculante, sendo redundante a utilização da expressão “precedente vinculante”.⁵⁴⁶ Igualmente, todo precedente é exarado por tribunais superiores, sendo equivocado nominar de precedente os acórdãos dos tribunais ordinários⁵⁴⁷, pois, como frisado, as funções nomofilática,

em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611.

⁵⁴² A exigência de observância de procedimentos específicos para a formação de precedentes (ao menos em relação aos “fortemente vinculantes”, isto é, aqueles cuja aplicação efetiva é garantida pelo instrumento processual da reclamação) é uma particularidade do Direito brasileiro, que, formalmente (*ex lege*), só reconhece força vinculante a arestos que seguem determinados ritos. No direito comparado, os precedentes são caracterizados como tais pelo seu conteúdo – aspecto material ou qualitativo –, isto é, pela presença de uma *ratio decidendi*, e não por aspectos formais ou quantitativos.

⁵⁴³ A expressão “fundamentos determinantes” é utilizada no art. 498, §1º, V, e no art. 979, §2º, do CPC/2015.

⁵⁴⁴ O art. 966, §5º, do CPC/2015, acrescentado pela Lei 13.256/2016, é o único do *Codex* que alude expressamente a “padrão decisório”.

⁵⁴⁵ Na teoria da geral da decisão, o significado de precedente não é unívoco. Geoffrey Marshal diz que o termo precedente pode ser empregado: a) como um conjunto de decisões anteriores consideradas relevantes e que são reunidas e citadas pelos advogados em processos, sem muito rigor técnico; b) para descrever o resultado de uma decisão específica à qual se atribui alguma importância; e c) para indicar uma regra geral (*ratio decidendi*) revelada por uma decisão exarada a partir de um caso concreto. MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 503. Entretanto, a “significação de precedente” deve ser buscada à luz do ordenamento jurídico posto de cada país. No Brasil, portanto, deve-se analisar primeiramente a Constituição e as leis para, então, recorrer-se a uma pretensa (e inexistente) teoria geral no direito comparado e não o oposto, como a doutrina pátria tem procurado fazer (especialmente ao tentar importar determinadas técnicas decisórias, como o *anticipatory overruling*, o *signaling* e o julgamento-alerta): recorrer à teoria geral no direito comparado para, então, interpretar – muitas vezes inadequadamente – o sistema jurídico precedentalista vigente no país.

⁵⁴⁶ Interessante registrar que, para Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, a natureza jurídica do precedente é de ato-fato jurídico, pois, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como fato pelo legislador, que lhe atribui eficácia vinculante. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 453.

⁵⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 870. Ademais, o precedente traz em si a ideia de algo que precede, que antecede ou que “vem primeiro”. Por isso, também a rigor, em sentido estrito, o precedente há de ser assimilado como a primeira decisão que resolve determinada questão jurídica controvertida, que, a partir de sua vigência formal, deverá ser obrigatoriamente aplicado pelo Poder Judiciário, correspondendo aos chamados *leading cases* ou às *first impression decisions* do *common law*. O segundo precedente (ou precedente revogador),

paradigmática e uniformizadora são, precipuamente, exercidas pelo STF, STJ, TSE e TST. Finalmente, súmulas – vinculantes ou não – não são precedentes.

Nessa perspectiva, será inconstitucional qualquer interpretação do art. 927 do CPC/2015 que pretender outorgar eficácia obrigatória a acórdãos de tribunais de segundo grau.⁵⁴⁸

Outrossim, dado o conceito de precedente ora apresentado, no sistema brasileiro, nem toda decisão proferida por tribunal superior – ainda que por meio de seu órgão plenário ou especial (art. 927, V) – forma precedente; para que o acórdão se caracterize como tal, é imprescindível que STF, STJ, TSE e TST observem, ao proferi-lo, determinados requisitos formais e procedimentais previstos na legislação processual.

Entre os requisitos formais, inclui-se, *v.g.*, a competência do órgão prolator do acórdão no âmbito do tribunal superior para dar a última palavra sobre o sentido da regra ou princípio legal interpretado. Como a decisão de um órgão colegiado menor não obriga outro órgão de igual hierarquia dotado da mesma competência jurisdicional, não havendo vinculação horizontal entre os acórdãos que proferem, o precedente só se formará quando editado pelo órgão do tribunal superior que possui competência para outorgar soberanamente o sentido das disposições legais interpretadas. Destarte, somente as decisões oriundas do Plenário do STF e da Corte Especial e das Seções dos STJ têm aptidão para gerar precedentes.

Além disso, o acórdão só ensejará um precedente se a maioria dos membros do colegiado competente para dar a última palavra sobre determinada controvérsia jurídica encampar os mesmos fundamentos determinantes. Do contrário, haverá quórum para decidir o caso concreto, mas não para editar uma norma geral aplicável a outros processos tratando de matéria substancialmente idêntica. Portanto, a formação de maioria absoluta de votos em torno da mesma razão de decidir é outro requisito formal exigível para que um acórdão de tribunal superior se revista da qualidade de precedente.

Além disso, do ponto de vista procedimental, os precedentes, para que se formem e se legitimem do ponto de vista jurídico e democrático, pressupõem que a decisão seja exarada com: a) pleno respeito ao contraditório; b) participação da sociedade, por meio de audiências

nesse prisma, pode ser encarado como se fosse o primeiro, no sentido de se conferir, pela primeira vez, uma nova resposta a uma questão respondida anteriormente de outra forma pelo mesmo tribunal superior, que se difere, contudo, do *leading case* original quanto aos efeitos que produzirá (de regra *ex nunc*).

⁵⁴⁸ Exceção deve ser feita apenas aos Tribunais de Justiça dos Estados quando interpretam leis municipais e estaduais não sujeitas à revisão por tribunal superior, visto que, nesses casos, estarão atuando como uma típica Corte Suprema, dando a derradeira interpretação de dado preceito legal.

públicas e dos *amici curiae*; c) ampla publicidade do procedimento e das suas decisões; e d) fundamentação exauriente⁵⁴⁹, aspectos que ainda serão abordados mais adiante.

Por sua vez, a jurisprudência é o conjunto de sucessivas decisões em um mesmo sentido, proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais de Justiça dos Estados. É voltada para a solução de casos concretos e cuja múltipla reiteração gera uniformidade capaz de funcionar como parâmetro de controle, sendo, pois, destituída de caráter vinculante.⁵⁵⁰

Como é cediço, a jurisprudência não se forma a partir de um procedimento específico, mas sim a partir da gradual repetição de decisões colegiadas que dão ensejo à formação de uma linha ou corrente jurisprudencial, o que já denota a imensa dificuldade de se fixar um parâmetro preciso e seguro para identificar como e quando ela se formou.

Com efeito, a jurisprudência é incapaz de gerar a segurança jurídica desejada pelo Estado de Direito, por não propiciar cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade necessárias para atuar como pautas de conduta dos cidadãos, não havendo sentido em procurar conferir-lhe eficácia vinculante e, por conseguinte, em se falar em modulação dos efeitos de alterações jurisprudenciais.

Nada obstante, é preciso ressaltar que os tribunais superiores também produzem jurisprudência, não apenas quando julgam no mesmo sentido processos em sede originária ou recursal ordinária, ensejando a formação de reiterados acórdãos semelhantes não dotados de eficácia vinculante, mas também quando aplicam – em feitos sujeitos à sua competência originária, recursal ordinária ou extraordinária –, em casos supervenientes, os precedentes vinculantes previstos no art. 927, *caput*, do CPC/2015.⁵⁵¹

Finalmente, as súmulas são a “expressão verbal do núcleo (da essência, do extrato) de várias decisões antecedentes de um mesmo tribunal, num mesmo sentido”.⁵⁵² Os enunciados de súmula comum podem ser editados por todos os tribunais, ordinários ou superiores, funcionando como um instrumento processual destinado a ordenar e facilitar o exercício do controle da interpretação e aplicação do direito nos casos concretos.⁵⁵³ Já a súmula vinculante

⁵⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1311.

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 870.

⁵⁵¹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 487-488; MEDINA, op. cit., p. 1.305.

⁵⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 259.

⁵⁵³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 870.

é instituto previsto no art. 103-A da Constituição, só podendo ser editada pelo STF, a partir da observância de procedimento específico previsto na Lei 11.417/2006.

Com efeito, os enunciados de súmula, vinculantes ou não, previstos no art. 927, II e IV, do CPC/2015, não são precedentes. Eles correspondem à síntese cristalizadora da norma jurisprudencial geral extraída dos dispositivos legais⁵⁵⁴ interpretados à luz das circunstâncias fáticas que permeiam os casos concretos, conforme se infere da leitura conjugada dos §§1º e 2º do art. 926 do CPC/2015.

Ressalte-se, por fim, que as noções de precedente, jurisprudência e súmula são evolutivas e, apesar de inconfundíveis, estão umbilicalmente ligadas.⁵⁵⁵ Um precedente, quando reiteradamente aplicado, convola-se em jurisprudência pacificada ou constante, que pode, então, dar ensejo à edição de uma súmula⁵⁵⁶, vinculante ou não vinculante.

3.5.4 Precedentes vinculantes (art. 927, CPC/2015)

Ao que parece, o legislador processual, por intermédio do art. 927 do CPC/2015, pretendeu estabelecer um rol de decisões judiciais formalmente vinculantes – obrigatórias *ex lege* – ao determinar categoricamente que os juízes e os tribunais observarão as diversas decisões e enunciados de súmula arrolados em seus cinco incisos.

A vinculação formal “significa que um julgamento que não respeita um precedente vinculante com relevância institucional, ou seja, com relevância constituída e regulada por normas jurídicas, não pode ser considerado juridicamente correto”⁵⁵⁷, sendo ela, portanto, “sinônimo de vinculação *de iure* e implicará o reconhecimento dos precedentes como fonte normativa primária formal, independentemente de seu conteúdo”.⁵⁵⁸

A polêmica em torno do art. 927 do *Codex* – veiculador de uma disposição legal inquestionavelmente inovadora e instigadora, que envolve, como dito, uma revolução metodológica que intenta colocar determinadas decisões judiciais no rol das fontes do Direito – é tamanha que Ronaldo Cramer constatou a formação de cinco correntes doutrinárias acerca

⁵⁵⁴ Nesse sentido, deixando claro que o enunciado da súmula deve ater-se às balizas da lei, o art. 8º, § 2º, da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, dispõe que: “súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.

⁵⁵⁵ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 487.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 487; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1305.

⁵⁵⁷ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 233

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 233-234.

da sua interpretação⁵⁵⁹, que variam desde a afirmação de sua inconstitucionalidade⁵⁶⁰ até o reconhecimento da eficácia vinculante de outras decisões não previstas nesse artigo, cujo rol seria exemplificativo.⁵⁶¹ Entre essas correntes, há doutrina de escol que defende a existência de diferentes graus de vinculatividade no rol das decisões inventariadas no artigo em comento.⁵⁶²

Conforme já salientado, no prisma deste trabalho, apenas determinadas decisões dos tribunais superiores, que atendem a certos requisitos formais e procedimentais, possuem a qualidade de precedente e, assim, gozam de eficácia vinculante. Nessa acepção deve ser interpretado o art. 927, *caput*, do CPC/2015.

De toda sorte, é importante destacar que o sistema brasileiro de precedentes vinculantes tem suas particularidades, que o diferenciam dos modelos dos países da tradição do *common law* e mesmo do *civil law*. Entre outros motivos, suas notas distintivas são fruto do sistema híbrido de fiscalização de constitucionalidade dos atos jurídicos existente no Brasil (controle difuso e concentrado; abstrato e concreto).

Cumprido, portanto, citar as principais peculiaridades do modelo brasileiro de precedentes.

(i) No sistema vigente no país, há precedentes vinculantes que não se formam a partir de casos concretos, como ocorre com aqueles exarados pelo STF em sede de controle

⁵⁵⁹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 183-188.

⁵⁶⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR. *et al.* (coord.). *Precedentes*. Grandes Temas do novo CPC. v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 454; SOUZA, Artur César de. *Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 194. No mesmo sentido, é também o enunciado n. 53 do Forum Nacional de Processo Do Trabalho, *in verbis*:

“NCPC, ART. 927, INCISOS III A V. DECISÃO VINCULATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. Os incisos III, IV e V do art. 927 do NCPC são inconstitucionais, pois somente a Constituição da República Federativa do Brasil pode autorizar um Tribunal a adotar súmula ou construção jurisprudencial vinculativa dos outros órgãos integrantes do Poder Judiciário brasileiro, ou normas de caráter impositivo, genéricas e abstratas. Resultado: aprovado por maioria qualificada”.

⁵⁶¹ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 455-456; DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 697; ZANETI JR., Hermes. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1321-1323.

⁵⁶² Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 278; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1310. Aliás, para essa parcela da doutrina, justamente em razão da eficácia *ex lege* do precedente, o rol do art. 927 do CPC/2015 é taxativo. Em sentido contrário, afirmando que o rol de precedentes vinculantes do art. 927 não é exauriente. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 650-651; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 461. Para os autores, o rol do art. 927 do CPC, além de ter caráter meramente exemplificativo, é desnecessário, pois o dever de observância aos precedentes decorre diretamente da Constituição, que atribui ao STF e ao STJ a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional federal.

concentrado e abstrato de constitucionalidade, nos termos do art. 102, I, *a*, e §2º, da Constituição⁵⁶³ e da Lei 9.868/1999.⁵⁶⁴

Nada obstante, também nesses precedentes, que não decorrem de uma causa específica – de um litígio anteriormente ocorrido entre pessoas definidas ou definíveis, mas sim do questionamento direto da compatibilidade objetiva da lei com a Constituição –, a *ratio decidendi* dos acórdãos proferidos pelo STF aflora dos fundamentos determinantes adotados no julgamento da respectiva ação de controle concentrado, neles residindo seu caráter vinculante.⁵⁶⁵ No *common law* inglês e estadunidense, os precedentes, como assinalado no primeiro capítulo, sempre emanam do julgamento de casos concretos.

(ii) Além disso, as súmulas vinculantes – que não são precedentes –, apesar de se originarem de casos concretos apreciados pelo STF, não efluem diretamente do julgamento de uma causa específica, sendo expedidas mediante a observância de um procedimento administrativo próprio, nos moldes fixados pelo art. 103-A da Constituição e pela Lei 11.417/2006. À exceção dos antigos assentos portugueses, não se verifica semelhante instituto no direito comparado.

(iii) Ademais, a rigor, de *lege lata*, o CPC/2015 confere força vinculante a apenas alguns acórdãos proferidos a partir do julgamento de casos concretos – notadamente àqueles que seguem determinados procedimentos ou cujo julgamento decorre da instauração de incidentes próprios previstos na lei processual –, o que usualmente não se observa nos sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*, em que os precedentes prescindem da observância de um determinado rito ou de provocação de incidente específico.

De fato, no sistema jurídico brasileiro, na maioria dos casos, a formação de precedentes é viabilizada pela técnica recursal estatuída pela legislação processual.⁵⁶⁶

⁵⁶³ O §2º preconiza que “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”.

⁵⁶⁴ “Precedente é um gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado (art. 927, I, CPC) e os precedentes estabelecidos em ‘julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos’ (art. 927, III, CPC)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 650-651.

⁵⁶⁵ Nesse sentido, cf. Enunciado 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. Com efeito, a força vinculante dos julgados do STF em ADI e ADC, por exemplo, não decorrem do dispositivo da decisão e da coisa julgada que sobre eles recai, mas, sim, sobre os seus fundamentos determinantes.

⁵⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 346.

Mais precisamente, as decisões a que se refere o art. 927, III e V, do CPC/2015, para que sejam consideradas precedentes dotados de eficácia obrigatória *ex lege* devem observar procedimentos recursais instrumentalizados por meio de: a) incidentes (de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas); b) de ritos específicos (processo e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos), em que há notória ampliação do contraditório, do dever de fundamentação, da publicidade e da participação, inclusive para que sejam democraticamente legitimados ou então: c) da submissão (no caso do recurso extraordinário) à sistemática da repercussão geral – que também, a rigor, encerra um rito específico.⁵⁶⁷

(iv) Outra particularidade do sistema de precedentes brasileiro, apontada por parte da doutrina, é que o CPC/2015 instituiu uma gradação da eficácia das decisões elencadas no art. 927 do CPC/2015.⁵⁶⁸

A propósito, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas, há três graus de obrigatoriedade das decisões previstas no art. 927.

A obrigatoriedade será tida como forte quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação especialmente concebida para esse fim. São precedentes obrigatórios, no sentido forte, à luz do NCPC, por exemplo, as decisões proferidas em recursos repetitivos [...]. Média é a obrigatoriedade de um precedente quando o seu desrespeito pode gerar a correção por meios não concebidos necessariamente para esse fim, como, por exemplo, recursos [...]. A obrigatoriedade fraca é (apenas) cultural. É aquela que decorre do bom senso, da razão de ser das coisas, do que se deve ter o direito de razoavelmente esperar (= justa expectativa da sociedade). [...] O NCPC criou algumas hipóteses de obrigatoriedade forte de precedentes: casos em que, se forem estes desrespeitados, cabe à parte manejar reclamação. São elas as decisões proferidas em recurso extraordinário ou em recurso especial em regime de recurso repetitivo (art. 988, §5º, II); em assunção de competência e em incidente de julgamento de demandas repetitivas (art. 988, IV).⁵⁶⁹

De modo semelhante, José Miguel Garcia Medina pontua que a gradação entre os pronunciamentos referidos no art. 927 do CPC/2015 decorre, sobretudo, da possibilidade do

⁵⁶⁷ O ponto, dada a sua importância, será retomado mais adiante em tópico próprio, em que se abordará mais detidamente a importância do procedimento para legitimação dos precedentes e para a modulação dos efeitos temporais nos casos de reviravoltas jurisprudências.

⁵⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1310. Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o fato de o art. 927 determinar que os tribunais observarão os precedentes e a jurisprudência vinculante quer dizer que existe no Direito brasileiro “um forte efeito vinculante dos precedentes (*strong-binding-force*). MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. v. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63.

⁵⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 278- 279.

manejo de reclamação no caso de desrespeito a algum deles (art. 988, IV), dando ensejo a uma “concepção peculiar daquilo que se poderia chamar de precedente vinculante”.⁵⁷⁰

De fato, essa variação no grau de intensidade da obrigatoriedade das decisões judiciais arroladas no art. 927 do CPC/2015 é fruto da possibilidade do ajuizamento de reclamação a fim de que os tribunais possam fazer prevalecer a autoridade de seus julgados, sobretudo nas hipóteses prevista no art. 988, III e IV, c.c. seu §4º.

É preciso consignar, contudo, que essa gradação de intensidade refere-se apenas à eficácia processual dos precedentes, e não à sua eficácia material (ao conteúdo decisório em si), que é a mesma em qualquer precedente.

Tal como a reclamação, a ação rescisória fundada na violação manifesta de norma jurídica funciona como instrumento processual assecuratório da autoridade dos precedentes do STF e do STJ, uma vez que o §5º do art. 966 do CPC/2015 autoriza expressamente o seu manejo “contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

Com efeito, os precedentes proferidos pelo STF, sob o regime de repercussão geral, e pelos demais tribunais superiores, em sede de casos repetitivos, possuem considerável eficácia vinculante, a ponto de permitirem que, preenchidos os pressupostos processuais inerentes à ação rescisória, seja afastada garantia individual da coisa julgada material, vazada no art. 5º, XXXVI, da Constituição, no caso de má aplicação de precedente decorrente da não realização – ou da realização incorreta – do *distinguishing*.

(v) Por fim, se, de um lado, o art. 927, I e III, do CPC/2015 determina a obrigatoriedade de observância dos precedentes formados em controle concentrado de constitucionalidade, em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e, ainda, em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, perante os órgãos judiciários inferiores (*stare decisis* vertical ou eficácia vinculante vertical), de outro, o seu inciso V conferiu a esses arestos vinculatividade interna no âmbito do tribunal que proferiu a decisão, sempre que emanados de seu plenário ou órgão especial (*stare decisis* horizontal ou eficácia vinculante horizontal).

Diversamente, no *common law*, a eficácia vinculante horizontal, ainda que dotada de menor grau de intensidade – *normally binding precedent*, e não *strictly binding precedent* – emana da própria lógica do sistema, da necessidade natural de que os tribunais – mormente os

⁵⁷⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.310.

superiores – respeitem a autoridade de suas decisões para que os juízos inferiores se sintam, então, obrigados a respeitá-las.

Em suma, constata-se que, segundo a nova ordem processual, o precedente é primeiramente formado para, somente em um segundo momento, ser aplicado na solução de casos concretos, dos litígios do cotidiano. Assim, observado o procedimento estatuído na lei processual, formalmente, a decisão dos tribunais superiores, ainda que mutável, já “nasce como precedente pronto e acabado”, devendo ser ulteriormente seguida pelos juízes e tribunais ordinários.⁵⁷¹

Já nos sistemas jurídicos de *common law*, são os juízes do caso futuro, que, instados a se manifestarem sobre decisões passadas, invocam-nas na qualidade de precedentes.⁵⁷² Assim, uma decisão, ou um conjunto de decisões, somente se tornará precedente se, em ulterior aplicação analógica, se verificar que seus fundamentos determinantes se aplicam ao caso superveniente em razão de suas identidades jurídicas e fáticas.⁵⁷³

Contudo, nenhuma das notas distintivas do sistema brasileiro de precedentes, acima mencionadas, o descaracteriza como tal ou o torna mais desqualificado ou menos eficaz do que os modelos vigentes nos ordenamentos de *common law* e de *civil law*. Muito pelo contrário, a regulamentação do sistema de precedentes pelo legislador é consentânea com a tradição jurídica do país de “superação de questões teóricas através de normatização legal progressista que permite avanços reais em relação a temas que, muito embora complexos e debatidos na doutrina, sofrem mais com a ausência de disciplina legal do que com a falta de teoria”.⁵⁷⁴

As peculiaridades do modelo brasileiro não retiram dos precedentes suas duas principais características: a natureza de fonte primária do Direito e, por conseguinte, a sua força vinculante. Elas também não representam obstáculo ao cumprimento do mandamento constitucional, inerente ao Estado de Direito vigente na República Federativa do Brasil, de incrementar a segurança jurídica e a igualdade do sistema judicial de distribuição da justiça.

⁵⁷¹ Teresa Arruda Alvim admite, ainda, no regime processual atual, ao lado dos precedentes obrigatórios *a priori*, os precedentes formados *a posteriori*. Diz a renomada professora da PUC/SP: “o CPC/2015 prestigia precedentes proferidos em cartas e determinadas situações que justificam, segundo o legislador, sejam eles tidos de antemão como precedentes. Sim, porque há decisões que se tornam precedentes a posteriori: ou seja, são densas, convincentes, com excelentes fundamentos, que passam a ser respeitadas, naturalmente, em casos posteriores, idênticos ou semelhantes. De acordo com a sistemática do CPC/2015, todavia, há decisões que já nascem como precedentes obrigatórios, no sentido forte da expressão, e que devem ser paradigma para as posteriores, em caso normalmente idênticos e, às vezes, apenas semelhantes”. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 95.

⁵⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 346.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 349.

⁵⁷⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 349.

O que realmente importa é extrair as linhas-metras desse sistema de precedentes, traçadas pela Constituição, notadamente a partir da boa compreensão das fontes do Direito nacional, da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, das atribuições confiadas a seus órgãos e, ainda, do modelo constitucional de processo, para então melhor compreendê-lo e avaliá-lo a partir da ótica do legislador processual ordinário e da doutrina.

Ressalvados alguns aspectos de constitucionalidade bastante duvidosa⁵⁷⁵, o legislador do CPC/2015 compreendeu bem as bases constitucionais do sistema e detalhou-o adequadamente, munindo o Poder Judiciário de ferramentas adequadas para operacionalizá-lo e desenvolvê-lo a partir da realidade e das demandas sociais diuturnas.

3.5.5 Instrumentos assecuratórios da eficácia vinculante

3.5.5.1 Reclamação

A reclamação constitucional é ação incidental destinada à preservação da competência e à garantia da autoridade das decisões do STF, do STJ e do TST, conforme preveem os arts. 102, I, *l*, 105, I, *f*, e 111-A, §3º.⁵⁷⁶

Originariamente, a reclamação, visando à garantia da autoridade das decisões do STF, foi concebida para os casos de violação dos precedentes formados em sede de controle concentrado de constitucionalidade: a) ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (em relação às quais o art. 102, §2º, da Constituição prevê que a decisão de mérito produzirá 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); e b) arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 102, §2º, da Constituição e 13 da Lei 9.882/1999.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Principalmente relacionados ao incidente de resolução de demandas repetitivas (Cf. MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 – em especial capítulos 3 e 4; SOUZA, Artur César de. *Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 136-145) e ao cabimento de ação rescisória para desconstituir obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, nos termos do art. 525, §15, do CPC/2015. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 708.

⁵⁷⁶ A despeito da ausência de previsão constitucional, a reclamação, como não poderia deixar de ser, também tem cabimento no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, cujo art. 15, V, do seu Regimento Interno dispõem que “a reclamação é cabível para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões”.

⁵⁷⁷ Cf. STF, Tribunal Pleno, RE 730.462, rel. Min. Teori Zavascki, j. 08.09.2015, DJe 09.09.2015. “A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma

Posteriormente, a EC 45/2004, que acrescentou à Constituição o art. 103-A, instituindo a súmula vinculante, também previu cabimento de reclamação perante o STF em face do “ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar”, nos termos do seu art. 103-A, §3º, e do art. 7º, §2º, da Lei 11.417/2006.

Admitia-se também a reclamação para a preservação da autoridade das decisões do STF e do STJ proferidas em casos concretos que viessem a ser posteriormente desrespeitadas por juízes ou pela Administração Pública, no mesmo processo de que emanadas ou em causas e incidentes conexos⁵⁷⁸, como na hipótese de ulterior acolhimento de questão referente à decadência do direito do autor por um tribunal de segundo grau, a qual já havia sido expressamente rechaçada pela corte superior em recurso excepcional.

Outrossim, o CPC/2015, além de reafirmar a possibilidade de ajuizamento de reclamação nas hipóteses acima descritas (art. 988, III), acrescentou a previsão do seu cabimento, perante os tribunais superiores, para preservação da autoridade de outras decisões de caráter predominantemente objetivado, como aquelas exaradas em sede de incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, conforme se deduz da leitura conjugada dos art. 927, III, e art. 988, IV.

Destarte, o precedente considerado vinculante no ordenamento jurídico brasileiro é aquele *ex vi legis*.

A reclamação é, pois, um importante instrumento processual que permite ao STF, STJ, TST e ao TSE exercer a controlabilidade das decisões de juízes e tribunais inferiores em face dos precedentes formalmente vinculantes, cuja observância obrigatória decorre também de outros dispositivos legais, tais como os arts. 947, §3º, 985 e 1.040, *caput*, do CPC/2015.

Havendo violação dos precedentes formados em controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, o ajuizamento da reclamação não depende do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, pressuposto processual que só é exigido para o aviamento de reclamações destinadas a garantir a observância de acórdão de recurso

do sistema de direito. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, ‘1’, da Carta Constitucional”.

⁵⁷⁸ STJ, Primeira Seção, Rcl 1.343/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 10.12.2003, DJe 16.02.2004; STJ, Primeira Seção, AgRg na Rcl 653/RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 22.09.1999, DJe 13.12.1999; STJ, Primeira Seção, Rcl 866/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 11.09.2002, DJe 13.09.2004; STJ, Terceira Seção, Rcl 1.460/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 28.04.2004, DJe 01.07.2004; STJ, Terceira Seção, Rcl 815/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 26.11.2003, DJe 08.03.2004; STJ, Segunda Seção, Rcl 2.861/RS, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 14.10.2009, DJe 04.12.2009; STJ, Primeira Seção, Rcl 10.090/MT, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 12.02.2014, DJe 07.03.2014.

extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos (art. 988, §5º, II).

Em todas as hipóteses acima mencionadas – tenham sido os precedentes desrespeitados proferidos em abstrato ou concreto –, a reclamação tem lugar quando houver “aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”, consoante preconiza o art. 988, §4º, do CPC/2015.

3.5.5.2 Ação rescisória e impugnação ao cumprimento de sentença

O CPC/2015 estabelece também mecanismos para fazer valer a força dos precedentes em face de decisões já transitadas em julgado que não adotaram os seus fundamentos determinantes como deveriam, quais sejam: a ação rescisória e a impugnação ao cumprimento de sentença.

Quanto a esses institutos processuais, no que ora interessa, o CPC/2015 trouxe as seguintes regras:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

V - violar manifestamente norma jurídica;

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁷⁹

⁵⁷⁹ O art. 535, §§5º a 8º, possui regras idênticas disciplinando a impugnação ao cumprimento de sentença movida pela Fazenda Pública.

Primeiramente, conforme se infere da leitura do art. 966, V, é possível o ajuizamento de ação rescisória em casos de manifesta violação de norma jurídica, e não de lei, como previa o art. 485, V, do CPC/1973.⁵⁸⁰ A mudança na redação do texto legal promovida pelo *Codex* de 2015 não é irrelevante; ao contrário, ela é deveras importante, pois consubstancia mais uma passagem do CPC/2015 em que o novel legislador processual revela, claramente, conhecer a diferença entre lei e norma jurídica.

Diante da iniludível distinção entre lei e norma jurídica e do realce das funções nomofilática e paradigmática do STF e demais tribunais superiores, aos quais compete definir o sentido do Direito constitucional e infraconstitucional federal, respectivamente, norma jurídica é aquela contida no precedente, mais exatamente em sua *ratio decidendi*, que descortina a interpretação conferida às leis.

Assim, caberá a ação rescisória, fundada no art. 966, V, do CPC/2015, sempre que a sentença rescindenda negar aplicação à decisão proferida pelo STF em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, tenham os arestos da Suprema Corte afirmado a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou às decisões exaradas pelo STF e pelo demais tribunais superiores que conferem interpretação imediata aos dispositivos constitucionais e à legislação infraconstitucional federal.

É dizer: a decisão judicial que, por qualquer razão, não adota os motivos determinantes de precedentes – a que alude o art. 927, I e III, do CPC/2015 – anteriormente firmados na solução de um litígio é ato jurisdicional que viola manifestamente norma jurídica, sujeitando-se, portanto, à desconstituição pela via da ação rescisória; o juiz ou o tribunal que, apesar da existência de prévio pronunciamento vinculante do STF e do STJ, decidir em sentido contrário, proferirá decisão que viola manifestamente o Direito.⁵⁸¹

A mesma *mens legis* que subjaz ao art. 966, V, e §§5º e 6º, do Código está estampada em seu art. 535, §12, que considera inexequíveis as obrigações definidas em sentenças dotadas de fundamentação violadora de normas vazadas em precedentes do STF firmados em controle

⁵⁸⁰ O referido dispositivo do CPC/1973 permitia o manejo de ação rescisória quando a decisão rescindenda “violava literal disposição de lei”.

⁵⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.711.

concentrado ou difuso de constitucionalidade⁵⁸², agregando “ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais”.⁵⁸³

No ponto, para compatibilizar esses dispositivos legais com a garantia constitucional da coisa julgada, é fundamental que o precedente desrespeitado tenha sido proferido antes da sentença recoberta pela *res iudicata* que se pretenda impugnar o cumprimento ou rescindir⁵⁸⁴, como, aliás, dispõe o §14º do art. 535.

Não obstante a plena compatibilidade dos arts. 966, V, e §§5º e 6º, e 535, §§12 e 14, com as diretrizes constitucionais do sistema de precedentes, o legislador andou mal ao estipular a regra do art. 525, §15º, autorizando a desconstituição, pela via da ação rescisória, de decisão definitiva que empregou entendimento contrário ao que foi posteriormente estabelecido pelo STF, de sorte a permitir que um novo entendimento da Suprema Corte, diverso do aplicado em sentença transitada em julgado, possa ser aplicado retroativamente em detrimento da coisa julgada.

Aliás, o dispositivo encartado no art. 525, §15, vai contra a diretriz interpretativa traçada pelo plenário do STF no RE (RG) 590.809, julgado em 2014, pouco meses antes da promulgação do CPC/2015, cujo acórdão restou assim ementado:

AÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.⁵⁸⁵

A questão processual principal debatida nesse apelo extraordinário, objeto do Tema 136, consistia em definir se era cabível ação rescisória fundada em precedente *constitucional* do STF firmado posteriormente à sua decisão rescindenda.⁵⁸⁶ Em outros termos, o STF deliberou sobre a possibilidade de se invocar posterior precedente, promotor de reviravolta jurisprudencial,

⁵⁸² Na realidade, a regra do art. 535, §12, não representa novidade trazida pelo legislador do CPC/2015. Disposição de semelhante teor já se fazia presente no parágrafo único do art. 741 do CPC/1973, incluído pela Lei 11.232/2005. O novo CPC, no entanto, promoveu, sem dúvida, importante aperfeiçoamento sobre o tema à luz do sistema de precedentes que instituiu.

⁵⁸³ Expressão empregada pelo Min. Teori Zavascki no REsp 720.953/SC, Primeira Turma, j. 28.06.2005, DJ 22/08/2005, reiterada no REsp Repetitivo 1.189.619/PE, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, j. 25.08.2010, DJe 02.09.2010.

⁵⁸⁴ STF, Tribunal Pleno, AR 2372, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.05.2020, DJe 29.05.2020.

⁵⁸⁵ STF, Tribunal Pleno, RE 590809, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/10/2014, DJe 21.11.2014.

⁵⁸⁶ Tema 136 - a) Cabimento de ação rescisória que visa desconstituir julgado com base em nova orientação da Corte; b) Creditamento de IPI pela aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

como fundamento para rescindir sentenças transitadas em julgado que, à época em que proferidas, aplicaram entendimento acerca de preceitos constitucionais até então pacífico do Supremo e, portanto, em vigor.

O STF definiu que não cabe ação rescisória com base em ulterior precedente por ele lavrado, aduzindo que, nessa hipótese, haveria violação à coisa julgada material. Foi, então, editada a seguinte tese para fins de repercussão geral:

Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.⁵⁸⁷

Em seguida, o STF avançou sobre outra controvérsia correlata, referente à aplicação do enunciado da Súmula 343⁵⁸⁸ à matéria constitucional.

O cerne dessa segunda questão residia na análise do cabimento de ação rescisória para desconstituir sentença definitiva proferida em momento em que a jurisprudência do STF ainda não havia se uniformizado (diversamente da situação anterior em que o entendimento da corte era harmônico), isto é, quando ainda existia interpretação controvertida sobre o sentido e o alcance de determinada regra ou princípio da Constituição.

O STF assentou que a Súmula 343 é aplicável a ação rescisória fundada em violação de norma constitucional⁵⁸⁹, de modo que a corte definiu que, em prol da necessidade de se prestigiar a coisa julgada, não é cabível o ajuizamento de ação rescisória, quando havia divergência constitucional interpretativa à época da prolação da decisão rescindenda.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

⁵⁸⁸ “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”.

⁵⁸⁹ Em 1963, quando editada a Súmula 343, o STF era também o guardião da legislação federal ordinária, e não apenas da Constituição. Daí o cabimento da discussão sobre a necessidade, ou não, de solução diversa para os casos em que as regras de interpretação controvertida são de natureza constitucional ou infraconstitucional, dada a supremacia das primeiras.

⁵⁹⁰ Esse entendimento foi reafirmado diversas vezes após a edição do CPC/2015, inclusive em ações rescisórias ajuizadas sob sua vigência. Cf. Pleno:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. EXCEPCIONALIDADE DA RESCISÃO. COISA JULGADA. CLÁUSULA PÉTREA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA. SÚMULA 343. INCIDÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Divergência jurisprudencial não enseja ação rescisória.

II – Coisa julgada consiste em cláusula pétrea constitucional, do que decorre a excepcionalidade da rescisão.

III - Agravo regimental não provido. (STF, Tribunal Pleno, AR 2341 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.05.2018, DJe 29.05.2018). STF, Tribunal Pleno, AR 2422 AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.10.2018, 10.10.2019. No mesmo sentido, em ambas as turmas do STF: AR 2416 AgR, Primeira Turma, rel. Min. Rosa Weber, j. 18.1.2018, DJe 11.02.2019; Segunda Turma, ARE 978852 AgR, rel. Min. Edson Fachin, j. 24.08.2020, DJe 03.09.2020.

A propósito, o seguinte excerto do voto do Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, bem sintetiza os motivos determinantes do precedente firmado no RE 590.809, deixando claro, ademais, a distinção entre texto legal e norma jurídica:

[...] a rescisória dever ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada [...] Diante da razão de ser do verbete [súmula 343], não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica.

Disso tudo sobressai a patente inconstitucionalidade do §15 do art. 535 do CPCP/2015, por afronta à garantia da coisa julgada, prevista no art. 5º, XXVI, da Constituição.⁵⁹¹

Desse modo, resta claro que a circunstância de uma controvérsia constitucional ser solucionada pelo STF, após o trânsito em julgado de decisões sobre a mesma questão, certamente não é motivo para a admissão da retroatividade de ulterior pronunciamento do Pretório Excelso, de modo a fulminar a *res iudicata*.

Aliás, conforme definiu o STF, em 2015, no bojo do RE (RG) 730.462⁵⁹², nem mesmo a decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle concentrado tem o condão de permitir a relativização da coisa julgada formada nas causas cíveis após o decurso do prazo de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória.⁵⁹³

Isso porque, conforme ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, as decisões transitadas em julgado, interpretando questão constitucional posteriormente interpretada de outra maneira pelo STF, expressam um juízo legítimo sobre a constitucionalidade das leis, que nada mais é do que resultado do dever-poder judicial de realizar o controle de constitucionalidade difuso.⁵⁹⁴

Além disso, a parte final do §15 do art. 535 do CPC/2015, ao estipular que o prazo bienal para ajuizamento da rescisória “será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal” – que pode ocorrer vários anos após o trânsito em julgado da

⁵⁹¹ No mesmo vício incide o art. 535, §8º, do CPC/2015.

⁵⁹² STF, Tribunal Pleno, RE 730462, rel. Min. Teori Zavascki, j. 28.05.2015, DJe 08.09.2015.

⁵⁹³ Nesse recurso extraordinário, debateu-se a questão versada no Tema 733: “Relativização da coisa julgada fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle concentrado, após o prazo da ação rescisória”. A tese editada para fins de repercussão geral foi de que: “A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)”.

⁵⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 698.

sentença rescindenda –, autoriza uma inadmissível retroatividade do pronunciamento do STF sobre sentenças e acórdãos definitivos, colocando a coisa julgada civil sob condição ou em estado de provisoriedade, o que é absolutamente incompatível com o conceito e com a razão de ser desse instituto.⁵⁹⁵

Com efeito, a vergastada regra insculpida no art. 525, §15, ao permitir o manejo da ação rescisória com base em eventual decisão do STF, não tem como fundamento a “violação de norma constitucional” (art. 966, V), mas sim o *ius superveniens*, isto é, o direito superveniente oriundo de ulterior precedente constitucional.⁵⁹⁶

Em suma, infere-se que o art. 535, §15, do CPC/2015 pretende outorgar retroatividade máxima a um “precedente condicional cível”⁵⁹⁷, cujo advento constituiu um evento futuro e incerto – vai ou não ocorrer? Se ocorrer, quando ocorrerá? –, capaz de desconstituir uma sentença protegida pela garantia constitucional da *res iudicata*, de maneira completamente incompatível com a ideia de segurança jurídica, sob as vertentes da confiabilidade (confiança naquilo que já ocorreu) e calculabilidade (previsibilidade daquilo que pode acontecer).

Conforme já ressaltado, a retroatividade máxima é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro – até mesmo com relação às emendas constitucionais –, por força da garantia da intangibilidade do direito adquirido, inclusive aquele formado ou reconhecido em juízo e abraçado pela coisa julgada material. A única exceção fica por conta da ulterior norma penal mais benéfica, que pode, sim, fulminar a qualquer tempo – antes da extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena – a sentença penal condenatória transitada em julgado por meio da revisão criminal.

Contudo, haja vista que diferentes graus de certeza jurídica estão envolvidos na proteção jurídica conferida pelo Estado de Direito às normas cíveis (não penais) e processuais típicas (penais e cíveis), a ação rescisória não tem a mesma elasticidade que a revisão criminal, não podendo apanhar a coisa julgada formada no processo civil.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 698.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 703.

⁵⁹⁷ À semelhança de um negócio jurídico submetido à cláusula de condição a que se refere o art. 121 do Código Civil, *in verbis*: “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

⁵⁹⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 589.

3.5.5.3 Recursos

Afora as hipóteses tratadas nos itens acima, a eficácia vinculante dos precedentes é comumente assegurada pelos recursos de matiz ordinária, tais como a apelação, o agravo de instrumento e o recurso ordinário, previstos no art. 994, I, II e V, do CPC/2015.

Como visto, ressalvados os casos de afronta ao precedente formado em controle concentrado de constitucionalidade e à súmula vinculante, o ajuizamento da reclamação constitucional para preservação da autoridade das decisões formalmente vinculantes dos tribunais superiores impescinde do prévio exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias (art. 988, §5º, II).

Evidentemente, conforme se deduz do art. 1.040, II e III, c.c. art. 927, III, do CPC/2015, os tribunais de segundo grau estão vinculados *ex vi legis* às decisões das cortes superiores, incumbindo-lhes não apenas aplicar os precedentes – exarados pelos órgãos das instâncias extraordinárias do Poder Judiciário – ao julgamento das ações decorrentes de suas competências originárias, mas também assegurar, pela via recursal ordinária, que os juízes que lhes são vinculados igualmente os apliquem.

Por força do art. 988, §5º, II, *in fine*, do CPC/2015, o mesmo pode ocorrer no âmbito dos tribunais superiores. Não caberá, por exemplo, reclamação ao STF para assegurar a observância de precedente firmado em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, quando o STJ puder ser provocado para exercer sua jurisdição recursal ordinária, a que alude o art. 105, II, da Constituição.

Ademais, por meio dos recursos comuns, os tribunais devem aplicar os entendimentos consubstanciados em enunciados de súmulas não vinculante – editadas pelo STF, em matéria constitucional, e pelo STJ, em matéria infraconstitucional – e em orientação do plenário ou do órgão especial a que vinculados, nos termos do art. 927, IV e V, do CPC/2015.

Com efeito, em todas as hipóteses mencionadas, sejam os precedente fortemente vinculante ou não, o relator do recurso de feição ordinária deverá, nos moldes do art. 932, V, c.c. art. 1.011, I, do CPC/2015, oportunizado o contraditório ao recorrido, dar provimento ao recurso ordinário *lato sensu*, se a decisão impugnada for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; e c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

3.5.6 Fundamentação adequada e contraditório substancial (art. 927, §1º)

O art. 927, §1º, do CPC/2015, ao estabelecer que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”, transporta os deveres de fundamentação adequada e do contraditório para o centro do sistema de precedentes.

No que tange ao primeiro, é assente na doutrina e na jurisprudência que o dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, expresso no art. 93, IX, da Constituição, foi substancialmente incrementado pelo art. 489, §1º, do CPC/2015, que dispõe:

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

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De plano, conforme se nota da leitura desse dispositivo, o legislador, de forma perspicaz, não se aventurou em fixar um conceito legal de decisão fundamentada. Ciente de que o dever de fundamentação emana do texto constitucional, limitou-se o CPC/2015 a negar eficácia às decisões dela desprovidas.⁵⁹⁹

Some-se a isso que, no que concerne ao processo de formação dos precedentes, o art. 1.038, §3º, do CPC/2015 determina que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida”, devendo, outrossim, essa regra ser interpretada no mesmo sentido da versada no seu art. 984, §2º, que estatui que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”, sob pena de incorrer em omissão passível de correção pela via dos embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, II).

⁵⁹⁹ JAYME, Fernando Gonzaga; LIPIENSKI, Marcos Vinícius; MAIA, Renata C. Vieira. A resiliência jurisprudencial na observância do dever de fundamentação das decisões. *In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio; JAYME, Fernando Gonzaga. A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 405.

Com efeito, o dever de fundamentação adequada, pressuposto de legitimação do exercício da jurisdição, ganhou especial importância no modelo precedencialista instituído pelo CPC/2015, uma vez que é a justificação das decisões judiciais que viabiliza a organização de um discurso jurídico a respeito da teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, ligado à unidade – prospectiva e retrospectiva – do Direito, cuja missão é orientar condutas sociais e promover igualdade, a segurança jurídica e a coerência do sistema.⁶⁰⁰

A propósito, Neil Duxbury assevera que a primeira e a mais importante fase do lento processo de consolidação do *stare decisis* no Direito inglês foi fruto da mudança na estrutura dos julgamentos durante o século XVI, quando as decisões judiciais começaram a ser regularmente fundamentadas.⁶⁰¹ A consequência dessa evolução foi que, a partir de então, o *case-law* começou a tomar a forma hoje conhecida do precedente judicial e, precisamente na fundamentação, reside parte da justificativa para se reconhecer autoridade a esses precedentes.⁶⁰²

As decisões qualificadas como precedentes passaram a cumprir um novo papel na prática judiciária inglesa. O fato de elas, desde então, serem fundamentadas deu-lhes racionalidade e permitiu também sua controlabilidade, servindo, se não ainda como precedentes vinculantes, ao menos como exemplos invocáveis para a solução de casos similares.⁶⁰³

Lado outro, quanto ao processo de aplicação dos precedentes, as regras vazadas nos incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC/2015 gozam de especial relevo.

Essas regras exigem que os juízes e tribunais especifiquem os fundamentos determinantes dos precedentes invocados como razão de decidir, demonstrem suas semelhanças com o caso a ser julgado – evitando-se, assim, a invocação genérica de precedentes e sua “aplicação automática” – e, ainda, que apliquem os precedentes vinculantes invocados pelas partes, salvo se demonstrarem a existência de distinção fático-jurídica entre o caso concreto e o paradigma invocado ou a superação do entendimento nele contido.

Considerando-se, portanto, que as decisões colegiadas mencionadas no art. 927 do CPC/2015, por serem, em maior ou menor grau, de observância obrigatória, devem ser aplicadas aos casos pendentes e supervenientes pelo tribunal que a proferiu e pelos órgãos inferiores (vinculação horizontal e vertical). No caso de inobservância do precedente, também

⁶⁰⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 512-513.

⁶⁰¹DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008, p. 25.

⁶⁰³Ibid., p. 25.

⁶⁰³ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 36.

estará caracterizada omissão sanável pelo manejo de embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, I).

Além disso, a fundamentação adequada, como já mencionado, é importante manifestação do devido processo legal e possui estreita relação de complementariedade com o contraditório, inclusive sob a vertente da não surpresa⁶⁰⁴, corretamente fortalecida pelo sistema de precedentes positivado pelo CPC/2015.

O princípio do contraditório, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição, foi alçado ao posto de elemento normativo estrutural da comparticipação/cooperação, assegurando constitucionalmente o policentrismo processual.⁶⁰⁵

Destarte, atualmente, essa garantia constitucional é revestida de um colorido bastante diferente daquele que lhe era atribuído à época do Estado de Direito liberal. Isso porque o contraditório evoluiu-se de direito à mera bilateralidade de audiência – da prerrogativa de conhecer e reagir – a direito de influência – prerrogativa de participar e poder interferir ativamente nos rumos do processo.⁶⁰⁶

O contraditório incorporou, para além da garantia formal de bilateralidade de oitiva, um conteúdo material, consistente no direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa, aplicável inclusive no *iter* de formação de precedentes⁶⁰⁷, promovendo a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado.⁶⁰⁸

Vestido dessa nova roupagem, a garantia do contraditório deixou de ter como destinatários apenas as partes, gravando igualmente o juiz, que passou a ter não apenas o dever de velar pelo contraditório entre os litigantes, mas fundamentalmente de também se submeter a ele⁶⁰⁹, isto é, de tomar conhecimento efetivo e levar em conta os argumentos pelas partes apresentados, considerando-os séria e detidamente, conforme posto nos arts. 9º e 10 c.c. art. 489, §1º, I a IV, do CPC/2015.⁶¹⁰

⁶⁰⁴ JAYME, Fernando Gonzaga; LIPIENSKI, Marcos Vinícius; MAIA, Renata C. Vieira. A resiliência jurisprudencial na observância do dever de fundamentação das decisões. In: NUNES, Dierle; MENDES, Alufio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 403.

⁶⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 108.

⁶⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 504.

⁶⁰⁷ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, op. cit., p. 93.

⁶⁰⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 504.

⁶⁰⁹ Ibid., p. 504.

⁶¹⁰ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, op. cit., p. 102.

Isso também quer dizer que o novo perfil substancial do contraditório implicou a remodelação dos brocardos *iura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi ius*. Os juízes e tribunais não podem surpreender as partes, proferindo decisão com base em fundamentos estranhos aos expressamente debatidos por elas⁶¹¹, entre os quais se incluem os contidos nos precedentes a que se refere o art. 927 do CPC/2015.

De modo que a “variação da visão jurídica dos fatos alegados” nos autos só se legitima, do ponto de vista do modelo constitucional do processo, se as partes tiverem prévia oportunidade de se pronunciar; fora daí há evidente violação à colaboração e ao diálogo no processo, com afronta ao dever judicial de consulta e ao contraditório.⁶¹²

Evidentemente, isso não impede o Poder Judiciário de invocar, de ofício, a aplicação desses precedentes para a solução de casos concretos. Todavia, as partes serão previamente instadas a se manifestar especificamente sobre o julgado-paradigma que os juízes e tribunais pretendam aplicar, sob pena de nulidade.

Destarte, é mister destacar, com amparo em Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, que a absorção efetiva e normativa do contraditório como garantia de influência e não surpresa gera um impacto relevante na formação e na aplicação do “direito jurisprudencial”, nos moldes do art. 927, § 1º, do CPC/2015, a reivindicar uma redefinição do modo de funcionamento dos tribunais.⁶¹³

As regras processuais em comento são, portanto, contundentes concretizações das cláusulas constitucionais da fundamentação adequada e do contraditório, cristalizadas nos arts. 93, IX e 5º, LV, respectivamente, e encerram, ademais, a garantia legal de que o antigo juiz “boca-da-lei” não se transformará no juiz “boca-da-jurisprudência”, isto é, em um aplicador mecânico dos precedentes, conforme, justificadamente, receava abalizada doutrina, à época da edição do CPC/2015.⁶¹⁴

Como se nota, é incontestável que os deveres de fundamentação adequada e do contraditório foram notavelmente sofisticados com a instituição do sistema de precedentes

⁶¹¹ JAYME, Fernando Gonzaga; LIPIENSKI, Marcos Vinícius; MAIA, Renata C. Vieira. A resiliência jurisprudencial na observância do dever de fundamentação das decisões. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 403.

⁶¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 505.

⁶¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 127.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 352.

vinculantes, especialmente por intermédio das regras vazadas no arts. 9º, 10 e 489, §1º, c.c. arts. 927, §1º, 984, §2º, 1.022, parágrafo único, I e II, e 1.038, §3º, do CPC/2015.

Não bastassem as mudanças decorrentes da ressignificação do contraditório nos processos individuais (envolvendo ou não a aplicação de precedentes), incrementada pelo legislador do CPC/2015, conforme visto, esse princípio possui também uma dimensão objetiva, voltada para a tutela do próprio ordenamento jurídico mediante a edição de precedentes.

Comumente, como é cediço, à luz das balizas estabelecidas pelo processo civil clássico, as decisões judiciais produzem efeitos apenas em relação à esfera jurídica das partes no processo, as quais formaram as relações jurídicas processuais e travaram seus embates processuais sob o crivo do contraditório, sob o prisma individualista.

Contudo, as decisões, mormente aquelas que se caracterizam como precedentes, “geram, também, efeitos indiretos que atingem, em diferentes graus de intensidade, terceiros e, às vezes, a própria sociedade. O sistema processual disponibiliza institutos para que estes terceiros intervenham no processo, de molde a influir no teor da decisão: a assistência”.⁶¹⁵

De fato, considerando-se que os precedentes consubstanciam normas pretorianas gerais que produzem efeitos vinculantes que repercutem para além do caso concreto (eficácia *erga omnes*), é imprescindível, para a sua legitimação, que haja a ampliação do debate, democratizando, tanto quanto possível, a decisão final que a todos obrigará.

A ampliação do debate não se restringe, porém, às hipóteses de alterações de teses e nem à realização da participação da sociedade civil como um todo, por meio de audiências públicas e da intervenção dos *amici curiae*, conforme expressamente prescreve o art. 927, §4º, do CPC/2015, a ser tratado no tópico seguinte.

Há de se oportunizar a intervenção das pessoas que tenham interesses jurídicos que possam ser afetados pela decisão formadora do precedente, por intermédio do instituto jurídico da assistência simples, previsto no art. 119 do CPC/2015. Mas o interveniente deve demonstrar a utilidade da sua intervenção, mediante a apresentação de novos argumentos que podem contribuir efetivamente na discussão e formação do precedente.⁶¹⁶

A intervenção de terceiros precisa ser repaginada como um todo, bem como a própria noção de interesse de agir na esfera recursal extraordinária, dada a feição essencialmente objetiva dos acórdãos proferidos pelos tribunais superiores.

⁶¹⁵ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 73.

⁶¹⁶ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3, 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 608.

Aliás, a assistência simples já é expressamente admitida pela legislação no âmbito dos precedentes trabalhistas exarados em sede de recursos repetitivos pelo TST, órgão de cúpula da Justiça do Trabalho.

O art. 896-C da CLT, acrescido pela Lei 13.015/2014, preconiza, em seu parágrafo 8º, que “o relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”.

Com efeito, a possibilidade de intervenção de pessoas físicas ou jurídicas, mediante assistência simples, no processo de formação e modificação de precedentes é a mais consentânea com o modelo constitucional de processo vigente no país, razão pela qual a regra contida no art. 896-C, §8º, da CLT, deve ser também aplicada ao procedimento dos recursos repetitivos, previsto no CPC/2015, como forma de otimizar o contraditório e, assim, legitimar democraticamente o precedente a ser formado ou alterado.⁶¹⁷

3.5.7 Modificação de precedentes (art. 927, §§2º e 4º): o *overruling* no sistema processual brasileiro

O art. 927, §§2º e 4º, do CPC/2015 estipula que:

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

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

Esses parágrafos comportam regras referentes a “alteração”, “modificação” ou “rediscussão” de teses jurídicas adotadas em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos.⁶¹⁸

⁶¹⁷ Aliás, bem antes da edição do CPC/2015, o STF, em questão de ordem, admitiu a assistência simples em recurso extraordinário, o que também pode ser visto como mais uma etapa no processo de objetivação da jurisdição exercida pela Corte suprema que estava em curso. Cf.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PEDIDO DE INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE SIMPLES. Pedido de intervenção como assistente simples nos autos do recurso extraordinário formulado pelo Sindifumo-SP. Presença dos requisitos que ensejam a intervenção pretendida. Necessidade de pluralizar o debate constitucional. Pedido de intervenção como assistente simples do recorrente deferido. (STF, Tribunal Pleno, RE 550.769 QO, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 28.02.2008, DJe 26.02.2013).

⁶¹⁸ Além do art. 927, §§ 2º e 4º, o CPC/2015 trouxe outras regras que se referem expressamente à possibilidade de “revisão de tese”. Cf. arts. 947, §3º (IAC) e 986 (IRDR). O art. 19, VI, *b*, da Lei 10.522/2002, alude ainda a “reversão de tese”. A rigor, o mais apropriado é falar em “superação das razões que determinaram a interpretação da questão constitucional ou da questão federal de um dado caso à luz de um determinado contexto. Não se trata apenas de superação de uma ‘tese’, embora também disso se trate: o que se supera são as razões que levaram à

Interessa aqui tratar da modificação de precedentes (ou da substituição de um precedente por outro), visto que, tecnicamente, não parece adequado se falar em “alteração de tese” ou de “necessidade de fundamentação adequada” diante de hipóteses alterações de jurisprudência pacificada ou de enunciados de súmula.

Como visto, o art. 926, *caput*, do CPC/2015, exorta os tribunais a respeitarem os precedentes e a jurisprudência, impondo-lhes o dever de estabilidade das decisões judiciais; estabilidade como permanência, continuidade, durabilidade, não mudança, manutenção do *status quo*.

Não obstante, a exortação legal à estabilidade das decisões judiciais não pode, obviamente, obstaculizar as mudanças de entendimento que por vezes se mostram necessárias, sob pena de engessamento do Direito e de retardar a evolução social.

O Direito deve ser adaptável à realidade social. A adaptabilidade do Direito, que pode ser implementada por obra dos legisladores e dos juízes, justifica-se em virtude das mudanças sociais em suas mais variadas formas.⁶¹⁹

Conforme mencionado nos capítulos anteriores, a superação de precedentes – o *overruling* do *common law* inglês e estadunidense⁶²⁰ –, no plano ideal, deve ser fruto da evolução do Direito, a fim de compatibilizá-lo diante das mudanças sociais, econômicas, tecnológicas, culturas e políticas que paulatinamente ocorrem ao longo dos tempos em um dado lugar.

Nesse sentido, aliás, o art. 896-C, §17, da CLT, corretamente, condiciona a revisão do precedente firmado pelo TST em recurso de revista à alteração da situação econômica, social ou jurídica e impõe, em prol da segurança jurídica, o respeito às relações firmadas sob a égide da decisão anterior.

Além disso, teoricamente, e em caráter excepcional, a alteração de precedentes também pode decorrer da verificação da necessidade de se corrigir um entendimento equivocado, isto é, da intenção do tribunal de conferir uma interpretação que julga ser mais adequada a preceitos

adoção de uma tese a partir de um dado caso devidamente delimitado na sua unidade fático-jurídica”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. v. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 173-174.

⁶¹⁹ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 119.

⁶²⁰ Nesse sentido, Melvin Eisenberg assevera que um precedente do *common law* estará em condições de ser revogado se deixar de corresponder aos padrões de “congruência social” (*social congruence*) e de consistência sistêmica (*systemic consistency*) e, concomitantemente, se os valores que, ordinariamente, militam a favor da sua preservação (segurança jurídica, igualdade e confiança justifica) melhor justificarem sua revogação do que a sua manutenção, *v.g.*, se a manutenção do precedente, em dado momento histórico, causar situações de injustiça tão graves a ponto de não mais se justificar sua preservação em prol da segurança jurídica. EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 104-105.

constitucionais e legais, sem que tenha havido qualquer modificação no recorte da realidade fática enquadrável na moldura do texto legal.

Teresa Arruda Alvim afirma que há áreas do Direito em que a jurisprudência não deveria mudar para adaptá-lo à sociedade. Essas áreas correspondem a “ambientes decisórios rígidos”, em que, por via de regra, vigora o princípio da legalidade estrita (como o direito tributário e direito penal) e dificilmente haverá normas de textura aberta (cláusulas gerais e conceitos indeterminados) e, por conseguinte, espaço para a criatividade judicial. Nesses ambientes, portanto, as mudanças reclamadas pela sociedade deveriam advir do Poder Legislativo.⁶²¹

Para a ilustre professora, somente em áreas do Direito denominadas de “ambientes decisórios frouxos”, em que o legislador recorre com mais frequência a conceitos e expressões mais vagas (como na esfera do direito de família e da responsabilidade civil extracontratual), criando “poros” que, ao permitirem a entrada de elementos externos ao Direito (sociais, morais, éticos e científicos), oxigenam o sistema e, assim, conferem maior liberdade de criação aos juízes, as mudanças deve ser promovidas pelos tribunais. Nesses casos, na realidade, não haveria simples alteração do Direito, mas evolução do Direito.⁶²²

Contudo, no Brasil, como se sabe, as mudanças de entendimento promovidas pelos tribunais geralmente se dão com o fim de corrigir um erro, isto é, de atribuir uma solução interpretativa teoricamente mais consentânea com o sistema jurídico posto ou mais justa para determinada espécie de controvérsia constitucional ou infraconstitucional.

Além de ser recorrente a alteração do entendimento para correção de “erros interpretativos”, não raro, ela é corolário da simples mudança de opinião de um ou outro julgador ou da mudança da composição de um órgão do tribunal, o que não se coaduna com a função nomofilática confiada aos tribunais superiores.

Exemplo bastante emblemático dessa indesejada situação reside na controvérsia referente à possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância – que permeia a interpretação da garantia constitucional da presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição –, em relação à qual, em um curto período, de aproximadamente dez anos – entre 2009 e 2019 –, o STF mudou de entendimento três vezes.⁶²³

⁶²¹ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 54.

⁶²² *Ibid.*, p. 54-55.

⁶²³ Cf. ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. *Revista de Informação Legislativa*. RIL, v. 55, n. 217, jan./mar. 2018, p. 135-137.

Sem dúvida, as constantes guinadas jurisprudenciais empreendidas pelos tribunais superiores violam o dever de estabilidade da jurisprudência, gerando insegurança jurídica e descrença no Poder Judiciário, além de não contribuir para o fortalecimento do sistema de precedentes obrigatórios estabelecidos pelo CPC/2015. É dizer: o próprio Poder Judiciário, ao promover frequentes mudanças de orientação, mina a força vinculante que o Poder Legislativo quis atribuir a certas decisões dos tribunais superiores.

De outro lado, é preciso saber no que consiste a mudança de entendimento e quando ela ocorre.

Como consignado no primeiro capítulo, a superação de um entendimento consiste na modificação da norma geral pretoriana, ou seja, na alteração da sua *ratio decidendi*, de seus fundamentos determinantes, o que ocorre quando o tribunal dá uma resposta geral diferente da resposta antes dada a uma mesma pergunta geral.

Noutras palavras, verificar-se-á um *overruling* quando um tribunal superior, que possui competência constitucional para fixar a derradeira interpretação da legislação, apresentar solução diferente para uma mesma questão jurídica controvertida, o que nem sempre é tarefa fácil de identificar na prática, mormente quando ocorrem revogações não expressas de entendimentos, cabendo à doutrina e aos tribunais do presente detectarem-na.

Outras vezes, a revogação é parcial, quando, *v.g.*, o tribunal faz uma distinção em relação ao precedente, sem deixar claros os motivos de fato ou de direito que o levam a adotar solução diferente para uma controvérsia, que, a princípio, amoldava-se às razões de decidir do acórdão distinguido.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o legislador brasileiro andou muito bem ao prever um procedimento tão completo e detalhado como o dos recursos excepcionais repetitivos, disciplinado pelos arts. 1.036 a 1.040 do CPC/2015 e pelo arts. 896-B e 896-C da CLT, que possui regras disciplinadoras da edição e da modificação de precedentes pelo STF, STJ e TST – também pelo TSE, por força do art. 15 do CPC/2015⁶²⁴ – e que é pautado, entre outras coisas, pela ampliação do contraditório, do dever de fundamentação adequada, da participação da

⁶²⁴ Os recursos repetitivos eleitorais foram autorizados pelo TSE, conforme se infere do art. 20 da Resolução 23.478/2016, que “estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Novo Código de Processo Civil -, no âmbito da Justiça Eleitoral”, e cujo procedimento, ante a ressalva final contida nesse dispositivo, não se aplica apenas aos processos versando sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação e resultado ou anulação de eleições. Supõe-se que a ressalva contida nessa regra deu-se por entender o TSE que as controvérsias envolvendo tais assuntos, por comportarem matéria fática bastante diversa, não recomendaria a edição de precedentes com a pretensão de universalidade, o que, salvo melhor juízo, não é fundamento bastante para excluí-las do rito dos recursos especiais eleitorais repetitivos. A propósito, recentemente a Lei 13.874/2019 (vulgo Lei da Liberdade Econômica), que incluiu o inciso VI, *a*, ao art. 19 da Lei 10.522/2002, não deixou mais dúvidas em relação à aplicação do rito dos recursos repetitivos no processo eleitoral, sem fazer qualquer restrição quanto ao objeto do recurso especial eleitoral.

sociedade e da publicidade de todo o procedimento e da respectiva decisão final; tudo isso a promover maior segurança jurídica ao sistema processual brasileiro e a recomendar a aplicação desse procedimento para além do âmbito dos recursos extraordinário, especial, de revista e especial eleitoral.

Esse procedimento tem outras duas grandes virtudes relacionadas à segurança jurídica, sob a perspectiva de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

A primeira repousa na proclamação solene de uma tese jurídica, que entrará em vigor em um momento bastante preciso.⁶²⁵ A segunda, decorrente da primeira, consiste no conhecimento do momento exato em que um novo precedente, revogador do anterior, passou a vigorar, fornecendo, assim, parâmetros seguros para o tribunal superior deliberar sobre a modulação temporal dos seus efeitos.

A competência para a revogação do precedente é do órgão prolator do acórdão paradigma ou de colegiado maior do tribunal superior. Assim, v.g, as três seções do STJ podem revogar os precedentes que firmaram em sede de recurso especial repetitivo, podendo, ainda, a Corte Especial revogá-los.

De outro lado, há que se ressaltar que, havendo modificação da base normativa que subjaz ao precedente, cessa a sua eficácia. Nessa hipótese, os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores poderão deixar de aplicá-lo, mesmo que não haja a sua superação formal pelo órgão que o editou.⁶²⁶

Os precedentes, como as sentenças em geral, contêm uma condição implícita, a cláusula *rebus sic stantibus*, delimitadora do termo *ad quem* de seus efeitos individuais e gerais.⁶²⁷ Eles só têm eficácia enquanto se mantiver inalterado o arcabouço normativo que o sustenta; modificada a regra legal interpretada, o precedente não mais produz efeitos, independentemente de sua revogação expressa pelo tribunal que o editou.

A rigor, portanto, como se nota, a superveniência de nova lei não acarreta a revogação do precedente, que só pode ocorrer pelo órgão jurisdicional que o exarou ou por outro que lhe seja superior. O advento da lei faz cessar a eficácia temporal do precedente, a partir do momento em que ela entrou em vigor.

⁶²⁵ Que, segundo o *caput* do art. 1.040 do CPC/2015 e o §11 do art. 896-C da CLT, é a data da publicação do acórdão paradigma.

⁶²⁶ Cf. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 246-247.

⁶²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105-106.

Por fim, a modificação ou revogação de precedentes, por representar uma ruptura interpretativa com o passado e um afastamento do dever legal de estabilidade, impõe aos tribunais superiores um ônus argumentativo mais contundente, em decorrência do qual devem ponderar se a mudança de interpretação traz mais benefícios do que a manutenção do *status quo*.

É dizer: os tribunais devem sopesar se a “melhor justiça” que querem alcançar com a mudança – que, hipoteticamente, representa sempre uma solução jurídico-interpretativa mais adequada para equacionar determinado tipo de controvérsia – justifica a quebra da segurança jurídica, da proteção da confiança e da igualdade, que geralmente militam a favor da preservação do entendimento (da tese) versado no precedente que se pretende revogar.

Por isso, o §4º do art. 927 do CPC/2015 prescreve que a modificação “observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Outrossim, dada a perturbação jurídica, política, econômica ou social que uma viragem jurisprudencial pode ocasionar, a intervenção da sociedade civil no debate sobre as vantagens e desvantagens da mudança e da permanência de uma determinada linha jurisprudencial pode se mostrar especialmente importante ou mesmo imprescindível para legitimar democraticamente a alteração do precedente.

Por esse motivo, o §2º do art. 927 do CPC/2015⁶²⁸ estabelece a possibilidade de que a discussão sobre a (eventual) mudança seja “precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”, procurando, com isso, conferir maior legitimidade às suas decisões.

3.5.8 Modulação dos efeitos da decisão revogadora de precedente (art. 927, §3º): aspectos gerais do *prospective overruling* no sistema processual brasileiro

Eis o teor do art. 927, §3º, do CPC/2015:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

⁶²⁸ À semelhança do que dispõe o art. 1.038, I e II, do CPC/2015.

Esse dispositivo representa a cláusula geral disciplinadora da técnica de modulação dos efeitos de decisões promotoras de *overrulings* no sistema processual brasileiro.

Enquanto o §2º estabelece uma fase procedimental facultativa e anterior ao julgamento em que se vislumbra a possibilidade de mudança de entendimento, mediante o chamamento ao debate da sociedade civil, e o §4º prevê que, para que a viragem jurisprudencial seja legitimada, os tribunais obrigatoriamente se desincumbam de um redobrado ônus argumentativo a ser exercido no momento da tomada da decisão, isto é, na fase deliberativa-colegiada do julgamento em que se intenta implementar a mudança, o §3º do art. 927 do CPC/2015 veicula uma regra de julgamento aplicável em momento posterior à solução do mérito da controvérsia em que o tribunal decidiu promover o *overruling*.

Primeiro, debate-se com a sociedade sobre os prós e contras da mudança; depois, delibera-se sobre a alteração ou não do entendimento, devendo aqueles juízes que votem no sentido de alterá-lo deduzir robusta fundamentação, demonstrando que as vantagens da mudança proposta superam as suas desvantagens; por fim, aprecia-se se a nova orientação deverá produzir efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. Essa é a regra geral.⁶²⁹

Em razão da existência de um microsistema de julgamento de casos repetitivos (do qual eflui a possibilidade de se recorrer ao diálogo das fontes normativas envolvendo a matéria), o art. 927, §3º, do CPC/2015 deve ser interpretado conjuntamente com o art. 896-C, §17, da CLT, que, disciplinando os recursos de revista repetitivos, dispõe que:

§ 17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.

Em uma nota, esses dois dispositivos legais autorizam a modulação da eficácia de certos acórdãos dos tribunais superiores – dos efeitos da nova norma geral pretoriana construída no precedente revogador –, tendo formalmente introduzido no ordenamento jurídico nacional a

⁶²⁹ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim aduz que “a decisão sobre haver modulação há de ser densamente fundamentada porque se trata de um instrumento excepcional, que leva ao afastamento da regra geral que é a da retroatividade. O dever é menos pesado na hipótese de se decidir pela não modulação, que é a regra”. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 154. Como se pretende demonstrar, esse entendimento, que efetivamente consiste na regra geral, na visão da maioria da doutrina e da jurisprudência, não é correto. A decisão que deve ser densamente fundamentada é a que delibera sobre a alteração da tese (*overruling*); uma vez alterada a tese, a regra geral deve ser a aplicação prospectiva do novo entendimento. De modo que, para conferir efeitos retroativos à nova tese (hipótese de difícil verificação na perspectiva desta obra), é que o tribunal superior deve apresentar fundamentação densa.

técnica do *prospective overruling*, fora do âmbito da jurisdição constitucional exercida pelo STF pela via concentrada.

Fechando o arcabouço legal disciplinador da modulação dos efeitos de decisões promotoras de *overrulings*, soma-se o art. 24 da LINDB, citado no capítulo anterior, que preconiza:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Desde já, cabe ressaltar que, por falta de disposição expressa, a modulação não exige quórum qualificado, não se aplicando o disposto no art. 27 da Lei 9.868/1999, que prevê a necessidade de dois terços dos votos para que se proceda à modulação da declaração de inconstitucionalidade em ação direta.⁶³⁰

Como se observa, a técnica processual do *prospective overruling*, que “possibilita” a modulação dos efeitos de determinadas decisões judiciais – fora do campo do controle concentrado de constitucionalidade –, tem, pois, na feliz expressão de Teresa Arruda Alvim, “sabor de novidade”⁶³¹ e, naturalmente – como ocorre sempre que o legislador promove uma quebra de paradigma –, sua positivação faz surgir várias questões que permeiam seu campo de aplicação.

Algumas dessas questões serão enfrentadas nos tópicos seguintes.

⁶³⁰ Além da falta de previsão legal, com razão, ressalta Teresa Arruda Alvim que “a exigência de quórum de 2/3, feita pela Lei 9.868/1999 para os casos de controle concentrado, tinha sentido num contexto normativo em que a possibilidade de modulação era absolutamente excepcional”. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 154. Nesse sentido, cf. STF, Tribunal Pleno, RE 638115 ED-ED, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.12.2019, DJe 07.05.2020. *In verbis*: “Em razão das extensões dos votos proferidos e para análise do quórum de modulação dos efeitos, a proclamação do resultado deste julgamento será feita em Plenário presencial. Plenário, Sessão Virtual de 11.10.2019 a 17.10.2019. Decisão: Inicialmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), deliberou que, para a modulação dos efeitos de decisão em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, com repercussão geral, nos quais não tenha havido declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, é suficiente o quórum de maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que diverge quanto à formulação da questão de ordem e quanto ao seu mérito”.

⁶³¹ ALVIM, op. cit., (agradecimentos).

3.5.8.1 *Quem pode modular?*

Sob a ótica sustentada nesse trabalho, competência para modular os efeitos do acórdão revogador de tese contida em aresto anterior é privativa dos tribunais superiores.

Essa constatação reforça, igualmente, a assertiva de que somente faz sentido falar em alteração de precedentes, e não de jurisprudência ou “jurisprudência dominante”, como prevê o artigo em comento.

Uma vez que a lei não contém palavras inúteis, há que se interpretar a expressão “alteração de jurisprudência dominante” como uma série de acórdãos proferidos pelos tribunais superiores em conformidade com uma orientação firmada em um precedente – *leading case* – que resta formalmente superada por um novo precedente, veiculador de *tese jurídica* diversa da contida no anterior. Assim, a revogação do primeiro precedente acarreta a superação da jurisprudência dominante que se formou em torno dele.

Essa interpretação é complementada pela referência contida no dispositivo ao “julgamento de casos repetitivos”, que, quanto aos tribunais superiores, resume-se ao julgamento dos recursos repetitivos (art. 928, II, do CPC/2015). E não há dúvidas de que o julgamento decorrente da aplicação do rito dos recursos repetitivos não visa a formar jurisprudência, mas sim precedente ou acórdão paradigma, conforme preconiza o art. 1.040, *caput*, do *Codex* adjetivo.

Dois adendos não de ser feitos às constatações supramencionadas. O primeiro relaciona-se ao recurso extraordinário processado sob o regime da repercussão geral; o segundo, a determinadas decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Quanto ao primeiro, considerando-se que os recursos extraordinários são invariavelmente processados sob o regime da repercussão geral, todos os acórdãos proferidos pelo STF, no exercício de sua competência recursal extraordinária, independentemente de estarem submetidos ao procedimento dos recursos repetitivos (art. 1.036 a 1.041), formam precedentes – desde que, obviamente, a maioria absoluta dos ministros encampem a mesma razão de decidir⁶³² –, cujos efeitos podem ser modulados.

Quanto ao segundo, cabe ressaltar que, de acordo com as competências constitucionalmente confiadas ao STF e ao STJ pela Constituição, haverá julgados exarados pelos Tribunais de Justiça que não estarão sujeitos à revisão por esses tribunais superiores, notadamente quando tiverem por objeto questões exclusivamente ligadas à interpretação de leis

⁶³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento das Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28-29

municipais e estaduais, como os acórdãos que dizem respeito à existência, ou não, do direito ao recebimento de uma determinada gratificação prevista em lei local por uma certa categoria de servidores municipais ou estaduais.

Nesses casos, os Tribunais de Justiça atuam como cortes supremas e seus acórdãos, envolvendo tais matérias, têm vocação para formar precedentes (art. 927, V, do CPC/2015), cuja revogação pode ensejar a modulação dos efeitos na nova norma geral interpretativa da legislação municipal ou estadual.

Por sua vez, os Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, como se sabe, não têm competência para dar a última palavra sobre a interpretação das leis federais, estaduais ou municipais que aplicam. Por isso, seus acórdãos, mesmo quando advindos de seu órgão especial, não se caracterizam como precedentes, ainda que possam obrigar aos juízes sob a sua jurisdição, como no caso dos arestos oriundos do julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas. Esses tribunais, como não editam precedentes, não podem modular os efeitos de suas decisões.

3.5.8.2 *Quando modular?*

Considerando que a modulação dos efeitos de normas pretorianas interpretativas da Constituição e das leis federais é atribuição exclusiva dos tribunais superiores, outra questão se põe: em que momento deve ser apreciada a questão concernente à modulação?

Em regra, essa questão deve ser enfrentada no mesmo julgamento em que o STF, o STJ, o TST ou o TSE superam um precedente anteriormente exarado, ou seja, como etapa deliberativa imediatamente posterior à alteração do seu próprio entendimento, o que não necessariamente precisa ocorrer na mesma sessão de julgamento.

Essa é a interpretação que melhor realiza o princípio da segurança jurídica, pois minimiza as incertezas oriundas da mudança de entendimento, uma vez que, a partir da publicação do acórdão paradigma (art. 1.040, *caput*), a sociedade, a um só tempo, terá conhecimento da revogação do precedente, da nova *ratio decidendi* e dos efeitos atribuídos ao precedente revogador, se *ex tunc* ou *ex nunc*; além disso, os juízes e tribunais saberão se devem aplicar a nova tese aos casos pendentes e futuros ou apenas a estes últimos.

Assim, a decisão acerca da modulação deve constituir um capítulo do acórdão promotor do *overruling*, devendo o tribunal se manifestar sobre os efeitos de seu novo precedente *ex*

officio – porquanto, a toda evidência, a questão encerra matéria de ordem pública da mais alta relevância –, sob pena de proferir sentença *citra petita*.⁶³³

Ademais, considerando-se que a revogação do precedente deve sempre ser encarada como uma hipótese viável – notadamente quando o tribunal superior afeta um recurso que tem por objeto questão por ele já decidida e sobre a qual se estabeleceu uma tese jurídica, o que faz presumir que a afetação se deu na intenção de alterá-la – e que decorre do próprio texto do art. 927, §3º, do CPC/2015 a obrigatoriedade de o tribunal superior se manifestar sobre a modulação dos efeitos da sua decisão – nos casos em que ele efetivamente empreende a modificação da tese –, não é necessário que as partes sejam previamente intimadas para se manifestar sobre o emprego ou não da técnica modulatória.

Pelo princípio da eventualidade (art. 336 c.c. art. 1.029, I e III, do CPC/2015), as partes, nas razões ou nas contrarrazões de seus recursos devem deduzir, desde logo, seus argumentos favoráveis ou contrários à modulação, não havendo que se falar em nulidade do acórdão, por afronta ao contraditório (art. 10 do CPC/2015), quanto ao capítulo que decidiu a questão.

Também os assistentes simples (art. 896-C, §8º, da CLT), admitidos no processo pelo relator, e o Ministério Público, na qualidade de fiscal da ordem jurídica, querendo, devem se manifestar sobre a modulação antes do julgamento, por simples petição ou, no caso do *Parquet*, mediante parecer.

Nada obstante, havendo ou não pedido, se o tribunal não se posicionar sobre a modulação, a decisão será omissa, por ausência de manifestação expressa sobre a aplicação do art. 927, §3º, do CPC/2015, que é obrigatória, podendo ser impugnada por meio de embargos de declaração fundados na deficiência da fundamentação (art. 489, §1º, c.c. art. 927, §1º), nos termos do art. 1.022, parágrafo único, II.

Entretanto, conforme pontua Teresa Arruda Alvim, mesmo se não houver a interposição de embargos de declaração pelas partes ou pelos intervenientes no processo, não incidirá a preclusão.⁶³⁴ De modo que bastará uma simples petição, ainda que fora do prazo de embargos de declaração, para que as partes, os intervenientes – inclusive os *amici curiae* – ou o Ministério Público instem o tribunal a se posicionar sobre a modulação, “situação que se assemelha à interponibilidade de embargos de declaração para correção de erro material”.⁶³⁵

⁶³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89-90.

⁶³⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 155.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 155.

Mais do que isso, se o STF, o STJ, o TST ou o TSE não deliberarem sobre a questão atinente à modulação, não haverá, a rigor, decisão acerca do tema, de modo que a coisa julgada que recair sobre o acórdão não a abrangerá. Por impossibilidade lógica, não se forma coisa julgada sobre questão não decidida.⁶³⁶

Nesses casos, a rigor, mesmo após o trânsito em julgado do acórdão promotor do *overruling*, qualquer pessoa juridicamente interessada ou o Ministério Público – dado o caráter objetivo dos acórdãos proferidos em sede de recursos repetitivos ou, no caso do STF, sob o regime da repercussão geral – poderia provocar o tribunal a se pronunciar sobre a modulação, ou seja, sobre os efeitos do precedente revogador, o que, porém, geraria inconvenientes práticos e dificuldades procedimentais, que não recomendam a apreciação do pedido naqueles autos.

Não havendo, por qualquer motivo, manifestação do tribunal superior, exsurge outra questão: o STF, o STJ, o TST ou o TSE podem realizar a modulação dos efeitos da nova tese jurídica, firmada no precedente revogador, posteriormente, em outro processo? Em outros termos, é cabível a “modulação extemporânea”?

No direito estadunidense, conforme consignado no primeiro capítulo, a Suprema Corte já se deparou com essa situação.⁶³⁷

À luz do sistema jurídico brasileiro, a resposta é positiva, desde que: a) a modulação seja feita pelo mesmo órgão do tribunal que promoveu a revogação do primeiro precedente ou por outro hierarquicamente superior e; b) o processo – seja uma feito de competência originária ou recursal ordinária ou, ainda, um incidente processual – seja submetido ao regime dos recursos repetitivos, a partir da etapa da afetação, conferindo-se, assim, prévia e ampla publicidade à questão, de modo a permitir a participação da sociedade no debate, legitimando-se, assim, a decisão, inclusive sob o prisma do contraditório substancial.

O ideal, como frisado, é que o tribunal, de ofício ou a requerimento, tenha deliberado sobre a modulação ao promover o *overruling*. Contudo, o próprio princípio da segurança jurídica não deixa de reclamar que os atos, negócios e condutas jurídicas realizados sob a égide do precedente antigo sejam preservados.

Não se olvida a complexidade do tema, pois, mesmo que o STF ou os demais tribunais superiores modulem, em um segundo momento, em outro caso, os efeitos do precedente revogador, conferindo a ele eficácia meramente prospectiva, é possível que juízes e tribunais já

⁶³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89-90.

⁶³⁷ Cf. Em *United States v. Johnson*, de 1982, o tribunal discutiu se deveria modular os efeitos do *overruling* proferido, em 1980, em *Payton v. New York*, tendo se negado a fazê-lo. Já em *Stovall v. Denno*, de 1967, ele modulou os efeitos do *overruling* realizado anteriormente, no mesmo ano, por ocasião do julgamento de *United States v. Wade*.

tenham aplicado a nova *ratio decidendi* retroativamente⁶³⁸ aos processos pendentes – que estavam suspensos desde a decisão de afetação proferida no bojo do procedimento em que veio a se dar o *overruling* – e que as respectivas decisões e acórdãos tenham transitado em julgado, fazendo surgir a discussão sobre o cabimento da ação rescisória, por violação manifesta a norma jurídica, para desconstituí-los.⁶³⁹

Outrossim, é possível que a modulação temporal dos efeitos do precedente revogador ocorra no mesmo processo no qual implementado o *overruling*, mas em momento posterior à edição do precedente revogador que não se manifestou sobre a aplicação da técnica do *prospective overruling* e por um colegiado maior.

É o que pode ocorrer, *v.g.*, no âmbito do STJ, quando a Corte Especial vier a apreciar embargos de divergência, julgados por alguma de suas seções, opostos em face do novo precedente revogador, especialmente quando lhes negar provimento, mantendo o entendimento firmado pelo órgão colegiado menor.

Por sua vez, os órgãos fracionários menores dos tribunais superiores (como as turmas do STF e do STJ) não detêm competência para, em casos supervenientes, modular os efeitos de decisões promotoras de *overrulings* levados a efeito por colegiados maiores, aos quais cabe editar precedentes.

A questão da modulação extemporânea já foi enfrentada pelo STJ, como visto no capítulo anterior, no REsp 1.596.978⁶⁴⁰, julgado em 2016 pela sua Primeira Turma, que, equivocadamente, modulou, para o caso concreto, os efeitos do precedente firmado no REsp 1.192.556⁶⁴¹, processado e julgado pelo regime dos recursos repetitivos, em 2010, em que a Primeira Seção não procedeu à modulação dos efeitos do respectivo acórdão que fixou o entendimento de que incide imposto de renda sobre os valores recebidos a título de abono constitucional de permanência.

Posteriormente, em 2018, a Primeira Seção do STJ, no EResp 1.548.456⁶⁴², afirmou que o entendimento firmado no REsp 1.192.556 deveria ser aplicado retroativamente, de forma plena, sem modulação dos seus efeitos e, em 2019, em sede de embargos de divergência, por

⁶³⁸ O que é de se esperar, uma vez que, no atual estado da arte, a compreensão geral ainda é de que a mudança de precedentes, salvo disposição expressa em sentido contrário, possui eficácia retroativa. Assim, na ausência de manifestação expressa órgão julgador, tem-se uma presunção relativa de que o tribunal não quis modular os efeitos de seu *overruling*, seguindo, por conseguinte, a regra geral (fruto da teoria declaratória da jurisdição) de que as decisões (sempre e invariavelmente) gozam de eficácia exclusivamente retroativa.

⁶³⁹ Ainda nessas circunstâncias, mostra-se cabível o manejo da ação rescisória, desde que respeitado o prazo bienal, contado a partir da publicação do acórdão paradigma revogador.

⁶⁴⁰ STJ, Primeira Turma, REsp 1.596.978, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.06.2016, DJe 01.09.2016.

⁶⁴¹ STJ, Primeira Seção, REsp 1.192.556, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25.08.2010, DJe 06.09.2010.

⁶⁴² STJ, Primeira Seção, EResp 1.548.456, rel. Min. Herman Benjamin, j. 22.08.2018, DJe 16.04.2019.

unanimidade, reformou o acórdão proferido pela Primeira Turma no referido REsp 1.596.978.⁶⁴³

3.5.8.3 *O que e como modular?*

Modular a eficácia de uma decisão judicial significa controlar, manipular, modificar, limitar ou restringir os efeitos que ela normalmente deveria produzir de acordo com as regras e princípios gerais de um determinado sistema jurídico.

Os efeitos das decisões judiciais podem ser modulados em diversos contextos, como nas situações envolvendo a declaração de inconstitucionalidade das leis em ação direta pelo STF ou a decretação de nulidade dos atos administrativos, de que tratam, respectivamente, o art. 27 da Lei 9.868/1999 e o art. 21 da LINDB, conforme salientado no capítulo anterior.

O art. 927, §3º, do CPC/2015, refere-se especificamente à modulação dos efeitos em casos de modificação de precedentes, hipótese em que diz “poder haver modulação dos efeitos da alteração”.

Conforme pontuado no segundo capítulo, é a eficácia declaratória dos precedentes que goza de eficácia vinculante. Por conseguinte, são os seus efeitos declaratórios que podem ser modulados.

O objeto da modulação de que cuida o art. 927, §3º, do CPC/2015, é a norma geral pretoriana contida na declaração que revoga a norma anterior. Noutras palavras, modula-se a eficácia da nova tese jurídica, da nova razão de decidir que dá embasamento ao precedente revogador.

A modulação dos efeitos declaratórios do precedente pode ser de diversas espécies: temporal, espacial e subjetiva. O art. 927, §3º, do CPC/2015 não faz alusão expressa a nenhuma dessas espécies, mas, seguramente, ao criar a regra, o legislador estava com o pensamento focado na modulação temporal, que é a espécie mais comum e, normalmente, suficiente para minimizar as incertezas decorrentes de uma alteração de precedentes dos tribunais superiores.

Na modulação temporal, usualmente, “retira-se a retroatividade da eficácia da decisão, ou seja, a força para alcançar o passado”.⁶⁴⁴ Isso quer dizer que, na ótica da doutrina majoritária, da jurisprudência predominante e do próprio texto do art. 927, §3º, do CPC/2015, a eficácia

⁶⁴³ STJ, Primeira Seção, EREsp 1.596.978, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.08.2019, DJe 11.10.2019.

⁶⁴⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 141.

ordinária decorrente das decisões em geral é retroativa, ainda que se trate de hipótese de alteração de precedente anteriormente firmado por tribunal superior.⁶⁴⁵

Isso decorre do histórico predomínio da teoria declaratória da jurisdição no país – de que se tratou anteriormente –, que não admite o enquadramento das decisões judiciais como fonte formal do Direito e, por conseguinte, não lhes outorga eficácia vinculante.

Entretanto, como anotado, o CPC/2015 quebrou esse paradigma clássico imposto pela teoria declaratória, na medida em que: a) compreendeu a diferença entre lei e norma – o que ficou claro pela redação de inúmeros dispositivos do *Codex*; b) reconheceu o poder criativo da jurisdição exteriorizado por meio de normas pretorianas de cunho geral, as quais denominou de tese, de padrão decisório ou de fundamentos determinantes e; c) atribuiu formalmente eficácia vinculante a certas decisões (art. 927, III e V).

Essa quebra de paradigma, por si só, cristaliza o equívoco da conceituação clássica da expressão “modulação temporal” no atual estágio do sistema jurídico processual brasileiro, no sentido de limitação da (natural) retroatividade das decisões promotoras de *overrulings*.

Destarte, à vista do rompimento do paradigma clássico implementado pelo CPC/2015, no estado atual do ordenamento jurídico brasileiro, a modulação temporal deve ser compreendida como limitação da (natural) irretroatividade dos precedentes que superam precedentes anteriores.

Com efeito, as novas teses jurídicas contidas nos precedentes revogadores – como normas jurídicas gerais que são – criam Direito novo, diferente do Direito anterior (mesmo tendo o texto legal permanecido o mesmo) e, por isso, sua propensão natural é de serem vocacionadas a produzir efeitos prospectivos (*ex nunc*), assim como sucede com o advento de uma lei nova.

Daí a pretensão do presente trabalho de aplicar, na maior medida possível, as regras e princípios regentes do direito intertemporal no âmbito da “sucessão dos precedentes no tempo”.

Aceita a nova leitura da ordem jurídica processual ora proposta, não restam dúvidas de que a modulação dos efeitos da alteração de precedentes há de se referir à possibilidade – excepcionalíssima – de atribuição de efeitos retroativos à nova tese jurídica estabelecida no precedente revogador.

Destarte, de forma coerente com a visão acima esposada, melhor seria se o art. 927, §3º, do CPC/2015, fosse redigido nos seguintes termos:

⁶⁴⁵ “O efeito retroativo das alterações dos entendimentos jurisprudenciais é ‘natural’. É o que ocorre, se nada se fizer”. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 157.

§3º Na hipótese de modificação, no todo ou em parte, de precedente, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais superiores, em caráter excepcional, podem modular a eficácia da nova tese jurídica, atribuindo-lhe efeito retroativo, tendo em vista razões de segurança jurídica e nos limites em que estabelecer a decisão modificadora.

A redação do dispositivo em comento nos termos propostos, sem dúvida, seria mais consentânea com o próprio sistema de precedentes vinculantes criado pelo legislador processual.

De toda sorte, *de lege lata*, e considerando o entendimento predominante da doutrina e jurisprudência, mas buscando compatibilizar a aplicação do art. 927, §3º, do CPC/2015, com a lógica subjacente ao sistema precedentalista, a modulação temporal, compreendida no sentido clássico de limitação da eficácia retroativa dos precedentes promotores de *overrulings*, deve ser a regra geral.

Assim, a expressão “pode haver modulação dos efeitos da alteração”, contida no art. 927, §3º, do CPC/2015, não deve ser compreendida como uma faculdade dos tribunais superiores, senão como um dever decorrente da ideia de segurança jurídica, sob a perspectiva da estabilidade, conforme determinação expressa do seu art. 926, *caput*.

Aliás, reforça intensamente esta interpretação – que preconiza ser a modulação um dever geral imposto aos tribunais superiores –, o recente art. 24, *caput*, da LINDB, que literalmente proíbe os tribunais – também a Administração Pública – de que, “com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”.

A espécie de modulação a ser empreendida depende da natureza da regra legal interpretada no precedente (civil, penal, previdenciária, tributária, processual *etc.*). A regra geral, estatuída pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, aplicável na maioria dos ramos do Direito, é a incidência imediata do novo entendimento sobre os fatos que vierem a ocorrer após a publicação do acórdão paradigma (art. 1.040, *caput*, do CPC/2015), inclusive nos casos de normas penais gravosas.

Dessa forma, o novo entendimento não será aplicado nos processos pendentes que, evidentemente, se referem a fatos ocorridos antes da superação do precedente pelo STF, STJ, TST e TSE, nem mesmo no recurso em que houve o *overruling*. A regra geral, no ordenamento jurídico brasileiro, há de ser, portanto, a aplicação da técnica do *purely prospective overruling*.

À primeira vista, a exclusão da eficácia do novo precedente em relação à própria parte que interpôs o recurso excepcional no qual implementado o *overruling* pode parecer ilógica ou

injusta, visto que priva o recorrente de obter o resultado prático favorável que buscava mediante a sua interposição.

Entretanto, essa exclusão justifica-se em razão do caráter objetivo dos recursos de feição extraordinária, o que, como registrado, sequer é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, como o demonstra o recurso de revista do Império, interposto no interesse exclusivo da lei pelo Procurador da Coroa, que visava apenas a “reivindicar o império e dignidade da lei ofendida”⁶⁴⁶ e cujo acórdão resultante de seu julgamento não produzia efeito entre as partes litigantes.

No CPC/2015, como visto, a defesa do império da lei, ora compreendida à luz da concepção contemporânea da nomofilaquia – tal como se passava com o recurso de revista do Império, instituído quase duzentos anos antes, por uma lei de 1828 –, é a razão de ser dos tribunais superiores, o que fica bastante evidenciado pela possibilidade de essas cortes julgarem recursos extraordinários ou especiais repetitivos a fim de elaborar teses objetivas a partir de fatos concretos demonstrados nos autos, ainda que o recorrente tenha desistido do recurso, conforme prevê o art. 988, parágrafo único.

Ademais, a aplicação do novo entendimento apenas ao caso concreto geraria situação de manifesta desigualdade, pois o recorrente receberia resposta jurisdicional diferente de todas as demais pessoas que se encontram em idêntica situação jurídica. É dizer: pessoas que praticaram as mesmas condutas, atos ou negócios no passado receberiam uma mesma resposta do ordenamento jurídico, enquanto o recorrente, e só ele, na mesma situação, receberia resposta diversa mais favorável em detrimento, inclusive, do próprio recorrido que havia agido em conformidade com a orientação antiga, com aquilo que era considerado o Direito vigente.

Não bastasse isso, a aplicação da nova *ratio* do precedente revogador exclusivamente ao caso concreto traria ainda outro inconveniente concernente à seleção do recurso excepcional a ser julgado, podendo gerar uma verdadeira guerra pela escolha do recurso a ser julgado, que poderia ser pautada por critérios extremamente subjetivos e, por vezes, não republicanos.

A revolução metodológica decorrente da quebra de paradigma provocada pelo CPC/2015, acima citada, impõe a recompreensão de diversos institutos processuais, como o interesse de agir e a assistência nos recursos em trâmite perante o STF, o STJ, o TST e o TSE, correlacionadas às funções que os tribunais superiores passaram a exercer após o advento do novo *Codex*.

⁶⁴⁶ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Impe. E Const. De J. Villeuneve E. C., 1857, p. 358.

De outro lado, há, outrossim, hipóteses em que o tribunal superior deverá lançar mão do *prospective prospective overruling*, conferindo eficácia *pro futuro* ao precedente revogador – como nos casos em que a tese do precedente revogador versar sobre matéria processual eleitoral, conforme preconiza o art. 16 da Constituição (anualidade eleitoral) – ou implicar, de qualquer modo, a “criação” ou majoração de determinados tributos, como ocorre com o imposto de renda e as contribuições previdenciárias.

Quando o entendimento pretoriano novo veicular norma penal benéfica, não haverá modulação, devendo a *ratio* do novo precedente ser aplicada retroativamente, podendo a retroação colher até condenações transitadas em julgado, por intermédio da revisão criminal.

Com efeito, o *purely prospective overruling* e o *prospective prospective overruling* são as possibilidades de modulação compatíveis com o regime de direito intertemporal.

Por isso, na perspectiva deste trabalho, o regular *prospective overruling* não encontra embasamento teórico a justificá-lo no regime de direito intertemporal.

Conforme salientado no primeiro capítulo, a técnica do *regular prospective overruling* consiste em uma formulação híbrida em que, simultaneamente, o tribunal confere efeitos *ex tunc* e *ex nunc* ao seu precedente revogador. Por meio dessa técnica, a nova tese é aplicada em todos os casos futuros, que venham a ocorrer após a publicação do precedente revogador, bem como às relações jurídicas formadas em torno de fatos passados que sejam objeto de controvérsia judicial, isto é, em que há processo pendente.

A situação gerada pela aplicação do *regular prospective overruling* resulta em evidente desigualdade entre pessoas que se encontram na mesma situação fático-jurídica em relação ao direito material, na medida em que finda por preterir aquelas que, por qualquer motivo, ainda não haviam ajuizado ações para discuti-la.

A utilização de um critério puramente processual – fundado no exercício ou não do direito de ação até a data da publicação do precedente revogador – é injusta, pois implicará consequências diversas a pessoas que, no mundo dos fatos, encontram-se em posição jurídica idêntica do ponto de vista do direito material. Ademais, a reiterada aplicação dessa técnica modulatória poderia funcionar como estímulo indevido ao ajuizamento precoce de inúmeras ações.

Além da manipulação temporal, é possível, em determinadas hipóteses, a modulação dos efeitos do precedente revogador no espaço e quanto à pessoa.

A propósito, ao tratarem da modulação dos efeitos das súmulas vinculantes, a que alude o art. 4º da Lei 11.417/2006, Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier asseveram que o

dispositivo autoriza outros tipos de limitação eficaz, além da temporal, também destinada a atenuar o impacto da súmula vinculante.⁶⁴⁷

Desse modo, imperativos de segurança jurídica ou de excepcional interesse público podem recomendar que a aplicação da súmula seja restringida a determinadas pessoas ou regiões, podendo o STF, *v.g.*, estabelecer que os efeitos vinculantes de certa súmula só atinjam União e Estados, excluindo-se os municípios ou que alcancem apenas municípios com população acima de determinado número de habitantes.⁶⁴⁸ É possível até mesmo que, “para efeito de adaptabilidade à regra contida na súmula”, o STF estabeleça uma espécie de “vinculatividade gradativa com base num cronograma preestabelecido para a Administração Pública”.⁶⁴⁹ *Mutatis mutandis*, os argumentos dos insignes processualistas aplicam-se aos precedentes vinculantes exarados não só pelo STF, mas também por STJ, TST e TSE.

3.5.8.4 Por que modular?

Nos termos do art. 927, §3º, do CPC/2015, havendo modificação de precedentes, “pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

De *lege lata*, portanto, são imperativos de tutela do interesse social e da segurança jurídica que autorizam a modulação temporal dos efeitos do precedente revogador.

Mais especificamente, segundo a doutrina majoritária, o princípio da proteção da confiança justificada do jurisdicionado na orientação anterior – que consiste na dimensão subjetiva da segurança jurídica – é o fundamento principiológico que autoriza a modulação.⁶⁵⁰

A propósito, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero asseveram que:

[...] o que realmente interessa para a superação para frente do precedente é a tutela da confiança legítima da parte que atuou com base no precedente – o que o legislador chama no art. 927, §3º, CPC, de tutela da ‘segurança jurídica’ – e a necessidade de preservação da igualdade de todos perante o Direito em um dado momento histórico [...] a superação do precedente com eficácia prospectiva requer a existência de precedente, sua alteração com vocação retroativa e a existência de confiança legítima no conteúdo do precedente [...] a alteração do precedente tem de ser surpreendente, isto é, capaz de frustrar a confiança legitimamente depositada nele [...] daí que para configuração da alteração surpreendente pressupõe a existência de confiança no precedente. A confiança legítima no precedente tem de ser protegida diante da sua superação quando há base de confiança, exercício de confiança e sua frustração.⁶⁵¹

⁶⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 272.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 272.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 272.

⁶⁵⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 173-205.

⁶⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 926 a 975*. v. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 193-195.

Em sentido semelhante, é a posição de Teresa Arruda Alvim, que afirma:

O primeiro critério que aparece como fundamental para identificar casos em que a modulação deve haver é o de que, com ela, se estará protegendo a confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior. A orientação anterior deve ter sido, como regra, firme e duradoura. Deve ter representado, para o jurisdicionado, confiável pauta de conduta (= direito) [...] Isso pode ocorrer entretanto, no direito brasileiro, também quando se trata de apenas um precedente do STF [...] normalmente, mudanças bruscas pedem modulação: surpreendem o jurisdicionado, comprometendo a confiança. Um precedente ou um linha firme de orientação jurisprudencial podem ir-se desgastando aos poucos, o que faz com que, paulatinamente, deixe de ser um parâmetro de previsibilidade, infundido na confiança. Nesses casos, inexistente surpresa [...] Quando não há jurisprudência firme anterior, não há, também, surpresa.⁶⁵²

Além da confiança justificada, Teresa Arruda Alvim estabelece ainda dois outros critérios capazes de auxiliar na identificação de casos em que deve haver a modulação: um relacionado ao ambiente decisional em que se verificou a mudança do precedente, o outro, ao sujeito destinatário da proteção da confiança.

Segundo a professora, a modulação é mais adequada em ambientes decisoriais rígidos – como no direito tributário, direito penal e em alguns ramos do direito civil, como os direitos reais –, nos quais, em tese, a alteração do Direito (da pauta de conduta) não deveria ser implementada por obra do Poder Judiciário, mas sim do Poder Legislativo. De sorte que, se (indevidamente) houver modificação do Direito pela via jurisdicional, deve haver a modulação temporal dos efeitos do precedente revogador.⁶⁵³

No que concerne ao segundo critério, corolário da aplicação dos direitos fundamentais, a modulação temporal somente deve ocorrer em prol dos particulares quando litigam contra o Estado, ou seja, o tribunal superior somente deve modular os efeitos de seu precedente revogador quando o novo entendimento for desvantajoso para os cidadãos.⁶⁵⁴

Em uma nota, sob esse prisma, a modulação é um instrumento para que o particular possa defender-se contra o Estado em face de condutas que impliquem alterações de entendimento em detrimento de seus direitos e interesses, a configurar “*má-fé objetiva*” ou *venire contra factum proprium*.⁶⁵⁵

Com a devida vênia, a segurança jurídica a que alude o art. 927, §3º, do CPC/2015, legitimadora do *prospective overruling* no país, é a segurança-irretroatividade, de feição

⁶⁵² ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 157-161.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 162-163.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 165-166.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 166.

objetiva, e não a segurança-proteção da confiança justificada, de cunho subjetivo. A incidência do princípio da proteção da confiança, tal como delineada pela doutrina para o sistema de precedentes judiciais, na realidade, é fator gerador de mais insegurança, dada a grande imprecisão dos critérios que permeiam sua configuração, o que finda por conferir excessiva subjetividade aos tribunais superiores para definir os casos em que deve haver modulação.

Com efeito, como bem ilustram as considerações da Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Teresa Arruda Alvim, supratranscritas, que refletem a posição da doutrina dominante, a configuração da confiança (qualificada pelo adjetivo justificada) pressupõe que a alteração do precedente seja brusca ou surpreendente e, por conseguinte, causadora de frustração da “confiança legitimamente depositada nele”.

Primeiramente, há enorme dificuldade em se definir o que é, ou quando ocorre, uma alteração brusca ou surpreendente de um entendimento judicial ou, ainda, no que consiste o “desgaste gradual” do precedente ou de uma “linha jurisprudencial”, ensejadores de frustração da confiança. O que seria uma alteração brusca ou surpreendente?

Na perspectiva desta obra, um precedente é formalmente revogado por outro precedente, exarado pelo mesmo órgão julgador, na data exata em que ocorre a publicação de sua ementa no Diário Oficial. Com efeito, a rigor, toda mudança de precedente é brusca, no sentido de acontecer de forma imediata ou instantânea, e não gradual ou paulatina.

Desse modo, mesmo se um julgamento for precedido de audiências públicas ou se protrair no tempo, por sessões consecutivas – como ocorre na apreciação de casos complexos pelo STF –, ou por meses ou anos a fio – como frequentemente ocorre quando há pedidos de vista –, a mudança do entendimento consubstanciado no precedente ocorrerá de forma brusca e imediata, pois o julgamento, como unidade que é, termina apenas com a proclamação final do resultado (art. 941 do CPC/2015) e torna-se juridicamente conhecido e formalmente eficaz a partir de sua publicação.

Aliás, *mutatis mutandis*, a mesma coisa ocorre no processo legislativo. Mesmo que o projeto de lei tenha sido amplamente debatido na sociedade, dentro e fora do Congresso Nacional, e que sua tramitação tenha durado meses ou anos, toda mudança legislativa, ao fim e ao cabo, é brusca, no sentido de ocorrer de maneira imediata ou instantânea.

Entretanto, não se diz que o legislador, ao revogar, da noite para o dia, uma lei anterior, viola a confiança das pessoas. As mudanças são da essência do Direito.

Igualmente, a invocação do desgaste gradual do precedente ou do enfraquecimento de uma linha jurisprudencial, como fundamento para justificar o paulatino abrandamento da confiança, a ponto de subtrair-lhe a adjetivação de justificada – e, por conseguinte, de afastar a

possibilidade de modulação temporal dos efeitos da nova *ratio decidendi* – não convence. Isso porque é praticamente impossível precisar o momento em que a confiança deixou de ser justificada e, assim, definir a data a partir da qual a modulação deixaria de ser uma alternativa.

Outrossim, pelos mesmos motivos acima declinados, a força vinculante dos precedentes não guarda relação com aspectos ligados a: a) sua “idade” ou antiguidade; b) reiteração de sua aplicação; c) reputação do tribunal ou de seus membros; d) presença de votos divergentes; e e) existência de crítica acadêmica.⁶⁵⁶

No sistema jurídico brasileiro, em que, por disposição expressa (art. 927, *caput*, do CPC), os precedentes possuem eficácia formalmente vinculante – e não materialmente vinculante –, esses aspectos não autorizam afirmar que a sua força vinculante, força obrigatória do precedente, foi reduzida ou ampliada ou que ele se desgastou ou se fortaleceu gradualmente.

Assim, ilustrativamente, ao contrário do que sustenta parcela da doutrina⁶⁵⁷, a circunstância de o precedente ser muito antigo ou reiteradamente aplicado sem contestação da doutrina ou ressalvas dos tribunais inferiores, por si só, não é fator determinante para justificar a modulação dos efeitos da decisão promotora de *overruling*.

Nessas condições, partindo da proteção da confiança concebida nas bases expostas, não há como implementar o requisito da segurança jurídica, previsto no art. 927, §3º, do CPC/2015, para justificar a modulação dos efeitos decorrentes da modificação de precedentes. A propósito, com a honestidade intelectual que lhe é característica, Teresa Arruda Alvim reconhece haver imprecisão nos critérios que permeiam a aplicação do princípio da proteção da confiança como fundamento para justificar a modulação.⁶⁵⁸

Dessa forma, as condutas e os atos empreendidos no passado devem ser protegidos das alterações normativas levadas a efeito (pelo legislador ou pelos tribunais) por intermédio do princípio da irretroatividade do Direito ou, mais especificamente, pelas regras objetivas do

⁶⁵⁶ Aspectos que são levados em conta nos sistemas da *common law*, em que a vinculação aos precedentes decorre do princípio do *stare decisis* (e não de lei formal) e no qual se pode cogitar da existência de variados graus de vinculatividade (*degrees of bindingness*), pois, comumente, é o juiz do caso presente (*instant case*) que valora e confere a eficácia devida ao precedente. No sistema brasileiro, em que a eficácia vinculante emana formalmente da lei, a gradação não é cabível: “no doubt, formal bindingness may be regarded as a non-graded concept, like ‘pregnant’: a precedent is formally binding or not, and it cannot be binding to a degree”. PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MacCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997, p. 477-478.

⁶⁵⁷ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 157.

⁶⁵⁸ Eis as palavras da ilustre professora: “de fato, não se trata de um argumento preciso. Mas, a nosso ver, este tema, que é extremamente resistente à sistematização e à disciplina baseada em critérios seguros e confortáveis, leva, necessariamente, à lida com parâmetros nublados, que, justamente porque carecem de precisão, devem ser considerados em conjunto”. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 158.

direito intertemporal, e não a partir de uma perspectiva subjetiva – ainda que dotada de uma pretensão de universalidade – balizada na confiança depositada no precedente revogado.

Além disso, cumpre ressaltar que a doutrina, de modo geral, admite que a formação e a revogação de precedentes pelo STF ou por outro tribunal superior prescindem da observância obrigatória de um procedimento específico.⁶⁵⁹

Assim, um precedente formado em sede de recurso extraordinário com repercussão geral ou de recurso especial repetitivo poderia ser posteriormente abandonado, respectivamente, pelo STF ou pelo STJ por ocasião do julgamento de uma reclamação ou de uma ação rescisória de competência originária desses tribunais, podendo ensejar a modulação dos efeitos do novo entendimento.

Na perspectiva do presente trabalho, ao contrário, o procedimento é essencial para a formação e ulterior revogação de precedentes, devendo as regras dos recursos repetitivos cíveis e trabalhistas funcionar como paradigmas instrumentais de todo o ordenamento jurídico, uma vez que estabelecem o procedimento mais rico, sob todos os ângulos, inclusive no que concerne à precisa delimitação temporal do surgimento e da revogação do precedente.

Com efeito, considerada a natureza instrumental do processo, a disciplina dos recursos repetitivos não deve ficar adstrita aos recursos de natureza extraordinária, podendo ser o respectivo procedimento estendido a qualquer tipo de ação em trâmite nos tribunais superiores, a fim de editar precedentes vinculantes ou modificá-los. O ponto será retomado em seguida.

Por fim, não se vislumbra a possibilidade de se empreender modulação temporal de alterações de precedentes por motivo de interesse social, a despeito da previsão expressa do art. 927, §3º, do CPC/2015.⁶⁶⁰

É que, conforme salienta Ronaldo Cramer, o interesse social, por si só, não pode pautar a modulação dos efeitos da alteração de precedentes, que deve sempre se dar em favor da segurança jurídica, não se podendo “imaginar interesse social que reclame a modulação dos efeitos da superação em desacordo com a segurança jurídica”.⁶⁶¹

⁶⁵⁹ “[...] é preciso perceber que em qualquer alteração de precedente das Cortes Supremas – independentemente do modo com que foi formado, isto é, independentemente de observado o procedimento dos recursos repetitivos – pode haver modulação para a frente. Sendo o precedente digno de confiança, a alteração do seu conteúdo exige apenas superação para frente”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. v. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 193; “[...] nem todo precedente pressupõe um procedimento específico de produção”. DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v.2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 466.

⁶⁶⁰ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 194.

⁶⁶¹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 157.

Por isso, mostra-se mais correta a previsão do art. 525, §13, do CPC/2015, que autoriza a modulação dos efeitos de decisões proferidas pelo STF, em controle difuso, apenas em atenção à segurança jurídica, sem fazer alusão ao interesse social.

3.5.8.5 Modulação no controle difuso

Conforme lembra Luís Roberto Barroso, bem antes da edição do CPC/2015, o STF exarou alguns precedentes, em sede de controle incidental, nos quais modulou os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade, em virtude da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados.⁶⁶²

Pouco a pouco, multiplicaram-se os casos de modulação dos efeitos temporais em controle difuso, por vezes com a aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/1999, ressaltando Barroso que, a rigor, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais – e, portanto, de empreender a modulação – não depende de previsão legal.⁶⁶³

No que tange ainda à ponderação de valores envolvida na modulação, consoante adverte Barroso, há uma sutileza que não deve ser ignorada: ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a ponderação não recai sobre o princípio da supremacia da Constituição, de um lado, e a segurança jurídica, de outro, mas, sim, entre a norma legal violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional, como a boa-fé, a moralidade, a coisa julgada, a irredutibilidade dos vencimentos e a razoabilidade.⁶⁶⁴

Sob outro aspecto, conforme já mencionado, sobretudo após o advento da EC 45/2004, o fenômeno da objetivação do controle difuso – especialmente por meio do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida – intensificou-se, tendo os acórdãos paradigmas do STF ganhado ainda mais força normativa *ex vi legis*.

Com efeito, a objetivação contribuiu decisivamente para o STF, por intermédio dos precedentes exarados no exercício da jurisdição constitucional, passasse a desempenhar atividade “de defesa do *ius in thesi* constitucionalmente qualificado”⁶⁶⁵, que foi referendada pelo CPC/2015, uma vez que, segundo respeitada doutrina, o novo *Codex* praticamente

⁶⁶² BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 127.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 210-211.

⁶⁶⁵ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 89-90.

equipara, sob diversos aspectos, o controle concentrado ao difuso, na medida em que os acórdãos, em ambos os casos, terão eficácia de precedente.⁶⁶⁶

Outrossim, o já citado art. 525, § 1º, III, c.c. §§ 12 a 15, do CPC/2015, ao abrir oportunidade para que, pela via da impugnação ao cumprimento de sentença, seja possível invocar precedente do STF anterior à decisão exequenda, afirma claramente a eficácia obrigatória dos precedentes firmados pela Suprema Corte.⁶⁶⁷

Dessa maneira, conforme salientam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, esse mecanismo processual evidencia que a decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de recurso extraordinário, para ser invocada para obstaculizar a execução, “deve ter as características de um precedente constitucional, em que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* estejam delineados”.⁶⁶⁸

Destarte, a base legal autorizadora da manipulação dos efeitos de declaração incidental de inconstitucionalidade empreendida pelo STF reside no art. 525, §13, do CPC/2015⁶⁶⁹, que, como visto no primeiro capítulo, pode ser concebida como uma modalidade de *prospective overruling* – assimilada a técnica em sentido amplo –, que, contudo, não se confunde com a modulação relacionada à superação de precedentes.

Portanto, a rigor, a técnica vazada no art. 927, §3º, do CPC/2015⁶⁷⁰ não deve ser invocada nas hipóteses de modulação de declarações “puras” de inconstitucionalidade, oriundas de controle difuso, pois nelas não há alteração de precedentes, requisito expressamente previsto no dispositivo em comento, bem como em seus §§2º e 4º.

Além disso, a ponderação de valores a ser realizada para justificar a modulação a que se refere o art. 927, §3º, do CPC/2015 não se baseia no sopesamento da norma legal violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional, mas, sim, como já assinalado, nos valores que militam a favor e contra a manutenção do precedente, como a necessidade de preservar a segurança jurídica e a igualdade, de um lado, e a justiça⁶⁷¹, de outro.

⁶⁶⁶ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 30; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317.

⁶⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 690.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, 690.

⁶⁶⁹ Reafirmada em seu art. 535, §6º.

⁶⁷⁰ Também no art. 896-C, §17, da CLT.

⁶⁷¹ Que, em tese, seria fruto de uma melhor interpretação das leis a ser estabelecida no precedente revogador ou, em outros termos, que resultaria da correção de um “entendimento equivocado” contido no precedente revogado.

3.5.8.6 Modulação e primeira interpretação uniformizadora

Conforme acentuado no segundo capítulo, a primeira interpretação formulada em um precedente uniformizador (*first impression decision*), exarado por um tribunal superior, deve retroagir, sob pena de se negar eficácia à lei desde a sua entrada em vigor.⁶⁷² Nessas hipóteses, é inteiramente correta a assertiva carnelutiana de que “a irretroatividade das leis corresponde a retroatividade das sentenças”.

Antes da edição do precedente uniformizador, o Poder Judiciário ainda não deu sua contribuição definitiva para incrementar a cognoscibilidade do direito legislado, mediante a definição da interpretação de determinado texto legal (ou conjunto de textos), e, por conseguinte, para recrudescer sua confiabilidade (previsibilidade).

Nessas situações, especialmente se a uniformização for precedida de notória divergência jurisprudencial no âmbito dos tribunais ordinários, haverá evidente estado de insegurança jurídica, que, nada obstante, é, em alguma medida e por certo tempo, sempre inevitável (e até mesmo tolerável), notadamente se a lei contiver cláusulas gerais, conceitos indeterminados ou for mal redigida ou, ainda, se a extração da norma jurídica pretoriana depender da interpretação conjugada de vários dispositivos legais contidos em uma mesma lei (v.g. o Código Civil) ou em leis diversas que se relacionam (v.g. o Código Civil e a Lei do Inquilinato).

A legislação processual, com efeito, para eliminar esse estado de incerteza jurídica, prevê diversos mecanismos de uniformização de jurisprudência, que devem ser empregados pelos tribunais superiores dentro de um prazo razoável.

Assim, uniformizado o entendimento por meio da edição de um acórdão paradigma – formado, v.g., em um recurso especial conhecido e apreciado com base no art. 105, III, c, da Constituição –, a interpretação uniformizadora deve ser aplicada aos fatos passados e futuros que se enquadrem na mesma moldura fático-jurídica do primeiro precedente uniformizador, que funcionará como *leading case* quanto à controvérsia nele discutida.

Na realidade, a expressão “precedente uniformizador” deve ser compreendida de forma ampla, não se resumindo aos casos em que o STF ou os demais tribunais superiores efetivamente uniformizam a jurisprudência divergente entre os tribunais inferiores.

⁶⁷² “Não pretendemos examinar as modulações de efeitos das decisões judiciais (que devem ser raríssimas), nas questões novas, nas primeiras decisões sobre uma norma legal ou um conceito previsto na Constituição, chamadas de *first impressions*, pelos norte-americanos. A rigor, o Poder Judiciário deve sempre decidir, essa a regra, voltado para trás, sendo-lhe natural a retroação”. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 504-505.

A expressão há de abranger também os casos em que não havia divergência jurisprudencial entre os tribunais ordinários em torno de determinada controvérsia, pois somente com o advento da decisão no *leading case* firmado pelos tribunais superiores é que, formal e substancialmente, será incrementada a cognoscibilidade e a confiabilidade do Direito, fornecendo pauta de conduta segura para os jurisdicionados.⁶⁷³

Nesse sentido, aliás, o art. 896-A, §1º, IV, da CLT – plenamente aplicável ao processo civil, em razão do diálogo das fontes das normas do microssistema de solução de casos repetitivos (art. 928 do CPC/2015) – estabelece que “a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista” é indicador de transcendência jurídica do recurso de revista repetitivo dirigido ao TST.

Questão nova é aquela que veicula controvérsia que nunca foi apreciada pelo tribunal superior, cuja solução ensejará a formação de um *leading case* uniformizador. Ao criar um precedente uniformizador, o órgão competente do tribunal superior terá, finalmente, a um só tempo, exercido suas funções nomofilática, paradigmática e uniformizadora.

Com efeito, a rigor, *de lege lata*, nas hipóteses em que o tribunal superior cunha um primeiro precedente uniformizador não há que se cogitar da aplicação da técnica do *prospective overruling* a que se refere o art. 927, §3º, do CPC/2015, que pressupõe exatamente a alteração do *leading case* ou de outro precedente posterior.⁶⁷⁴

Há, entretanto, outras situações que não envolvem superação de precedentes e que autorizam a modulação dos efeitos de um precedente uniformizador – enquadráveis, assim, na noção de *prospective overruling lato sensu*.

Uma delas, que será tratada no capítulo seguinte, diz respeito às possibilidades de modulação dos efeitos de precedente uniformizador da interpretação da legislação processual

⁶⁷³ Além disso, há outro aspecto prático a ser considerado. Dado o elevado número de tribunais ordinários existente no país, mostra-se praticamente impossível afirmar que a jurisprudência sobre uma determinada questão (envolvendo direito penal ou civil) é, de fato, uniforme em todos eles; e, ainda que se admita a constatação da uniformidade jurisprudencial (pode-se vislumbrar, *v.g.*, a hipótese de uma controvérsia que envolve matéria de competência exclusiva da Justiça Federal, em que há apenas cinco Tribunais Regionais Federais, como causas envolvendo “a disputa sobre direitos indígenas” ou naturalização de estrangeiros), no âmbito dos tribunais ordinários, o fato é que um deles pode, a qualquer tempo, mudar de entendimento, fazendo surgir a divergência. Daí resulta a imperiosa necessidade da edição de um precedente uniformizador, ainda que, à época de sua formalização pelo competente tribunal superior, não se tenha verificado a existência de efetiva divergência jurisprudencial.

⁶⁷⁴ Em sentido aproximado, Teresa Arruda Alvim observa que “é relevante observar aqui que modulação não deve haver, como regra, na formação de precedentes. Assim, se a jurisprudência era desencontrada, desuniforme e dispersa, e um Tribunal Superior decide a questão, não haverá confiança a prestigiar”. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.158.

civil, que apresenta particularidades ditadas por princípios regentes do direito processual civil, como a instrumentalidade e o devido processo legal.

Teresa Arruda Alvim lembra outra situação especial que “normalmente leva à necessidade de modulação: a das decisões jurisdicionais a respeito de políticas públicas”.⁶⁷⁵ Com efeito, diz a íclita jurista, em determinadas situações, no bojo de ações com características especiais (como a ação popular e ação civil pública), nas quais a decisão é dotada de elevada carga normativa, o Poder Judiciário, em face de uma deformação do sistema, acaba fazendo as vezes da Administração Pública, agindo, assim, como administrador. Nessas situações particulares, deve ser aplicada a técnica do *prospective overruling*.⁶⁷⁶

A modulação dos efeitos temporais dos precedentes uniformizadores, nessas hipóteses, é, de fato, possível, mas seu fundamento legal direto deita-se no art. 23 da LINDB, devendo a expressão “estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado” ser interpretada de forma extensiva, compreendendo-se como norma de conteúdo indeterminado não apenas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, mas também qualquer texto legal.

Afinal, como se viu, todo texto legal, em maior ou menor medida, ainda que redigido em termos claros e objetivos, e valendo-se apenas de palavras ou expressões de conotação mais cerrada (tipos fechados), carece de interpretação, à luz dos fatos concretos, para definição de seu conteúdo, ou seja, para concentração de seu sentido, eliminando outras possíveis alternativas semânticas.⁶⁷⁷ Assim, os textos legais sempre têm um sentido indeterminado ou um grau de indeterminação a ser suprido pelo Poder Judiciário, notadamente pelos tribunais superiores no exercício de suas funções nomofilática e uniformizadora.

Ademais, *ex vi legis*, o regime de transição a que alude o art. 23 da LINDB, instrumentalizado, aqui, pela técnica modulatória prospectiva, não se restringe a casos envolvendo a tutela de direitos difusos – assegurada pela ação popular ou pela ação civil pública –, abrangendo também as hipóteses de controle judicial da validade de atos, contratos e ajustes administrativos, como se infere do art. 24 da referida lei.

Finalmente, verifica-se, ainda, uma terceira situação em que é possível a modulação dos efeitos de um precedente que, a rigor, consubstancia precedente uniformizador. É o caso em que o STF modifica entendimento contido em precedente do STJ, do TST e do TSE.

⁶⁷⁵ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 181.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, 180-181.

⁶⁷⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167-170.

Segundo Valter Shuenquener de Araújo, analisando a questão sob o prisma da proteção da confiança, à primeira vista, não se pode invocar o princípio com base em um entendimento jurisprudencial não confirmado pela instância mais elevada do Poder Judiciário, pois se o órgão de vértice ainda não apreciou um tema de sua competência, o particular deveria contar com a possibilidade de sua reforma.⁶⁷⁸

Para Valter Shuenquener de Araújo há três situações que podem legitimar a modulação: a) quando, por razões processuais, o tema em disputa não puder mais ser submetido à instância superior, e a orientação judicial definitiva e pacífica resultar de uma instância inferior; b) quando o STF tiver, inicialmente, decidido não apreciar uma questão, por supostamente não envolver controvérsia constitucional, e, anos mais tarde, modificar esse entendimento, passando a reconhecer sua competência para apreciá-la, vindo a julgar contrariamente à pacífica interpretação que vinha sendo dada à matéria pelo STJ; c) quando determinada orientação jurisprudencial do STJ ou mesmo de uma instância inferior, ainda não submetida ao STF, subsiste por um longo tempo e, posteriormente, vem a ser modificada pela Suprema Corte.⁶⁷⁹

Apreciando essas hipóteses sob a perspectiva do presente trabalho, a primeira situação, em regra⁶⁸⁰, não ensejará a modulação temporal dos efeitos da alteração jurisprudencial, pois a jurisprudência pacífica dos tribunais ordinários não goza de força vinculante. A cognoscibilidade do Direito decorre do exercício da nomofilaquia pelos tribunais superiores, que resulta na edição de um precedente, que, posteriormente alterado, legitimará a modulação em prol da segurança jurídica.

Diversamente, a segunda situação impõe que o STF module os efeitos de seu *leading case* uniformizador. Na realidade, bem vistas as coisas, o STF, ao modificar sua compreensão sobre a inexistência de repercussão geral em uma determinada controvérsia jurídica, promove um *overruling* no que tange à sua competência para apreciá-la. É dizer: a partir do momento em que se recusa a apreciar uma controvérsia por entender que ela não veicula uma questão constitucional, o STF declara tacitamente que a palavra final para dirimir a questão litigiosa é atribuição dos demais tribunais superiores.

Com efeito, na data da publicação do acórdão que negou seguimento ao recurso extraordinário por ausência de repercussão geral, o precedente do STJ, TST e TSE que houvera

⁶⁷⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 178. Entendimento que se mostra correto na perspectiva do presente trabalho, acima exposta, ressalvadas algumas situações envolvendo mudanças na interpretação da legislação processual, a ser tratada no próximo capítulo.

⁶⁷⁹ Ibid., p. 178-179.

⁶⁸⁰ Exceções pontuais a este entendimento em matéria processual civil serão tratadas no próximo capítulo, conforme mencionado.

antes solucionado a mesma controvérsia tornar-se-á definitivo, isto é, as razões de decidir representarão o Direito aplicável a todas as situações fático-jurídicas semelhantes.

Se, ulteriormente, o STF muda de opinião, reconhecendo a repercussão geral – e, pois, declarando-se competente para dirimir a mesma controvérsia –, duas situações podem ocorrer: ao julgar o mérito do recurso extraordinário, o STF pode manter ou modificar o entendimento dos demais tribunais superiores.

Mantendo-o não haverá problemas sob a ótica da sucessão de precedentes no tempo. Do contrário, se o STF modificar o entendimento esposado pelo no precedente do STJ, do TST ou do TSE, tais problemas surgirão e deverão ser equacionados pelas regras de direito intertemporal.

Não representando o *leading case* do STF norma penal mais benéfica, a modulação dos efeitos de seu primeiro acórdão uniformizador será de rigor, devendo o precedente constitucional formado ser aplicado apenas aos fatos ocorridos após sua publicação oficial (art. 1.040 do CPC/2015).

Finalmente, a terceira situação difere-se da anterior, pois nela não houve prévia decisão do Supremo negando-se a apreciar a controvérsia por ausência de repercussão geral. Nesse caso, o STF, desde o primeiro momento em que instado, reconheceu a existência de uma questão constitucional e, portanto, a sua competência para dirimi-la.

Nada obstante, considerando-se as “zonas de penumbra” envolvendo a definição da competência recursal extraordinária entre o STF e os demais tribunais superiores⁶⁸¹, é sempre potencialmente possível, do ponto de vista processual, que o STF venha a apreciar uma questão já pacificada no âmbito do STJ, do TST ou do TSE, solucionando-a de forma diversa.

Nessas situações, se o STF modificar o entendimento dos tribunais superiores, não haverá obrigatoriedade jurídica de modular os efeitos de seu precedente, mas a Corte deverá se manifestar expressamente a respeito da questão, ponderando concretamente os prós e contras de empreender a modulação. Entretanto, muito provavelmente, na prática, os imperativos de segurança jurídica irão recomendar fortemente que o STF proceda à modulação de sua *first impression decision*.

⁶⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. A introdução da obra (fls. 13-15) já resume bem o problema.

3.5.8.7 Alternativas ao prospective overruling? Anticipatory overruling, sinalização e julgamento-alerta

No direto comparado, por vezes, são empregadas certas técnicas intermediárias que se situam num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*, como a “antecipação da revogação do precedente” (*anticipatory overruling*), a sinalização (*signaling*) e o julgamento-alerta (*warnurteil*).

As duas primeiras técnicas são, vez ou outra, aplicadas pelos tribunais dos Estados Unidos. A última foi empregada, em algumas ocasiões, pela *House of Lords* inglesa, pelo Tribunal Federal suíço, pelo Tribunal Constitucional austríaco e, na Alemanha, pelo Tribunal Constitucional e, principalmente, pelo Tribunal Superior do Trabalho.⁶⁸²

O *anticipatory overruling* consiste na atuação antecipada das cortes de apelação em relação a um possível *overruling* dos precedentes de um tribunal superior.⁶⁸³ Por meio dela, as cortes inferiores – que não produziram o precedente e que, por isso, deveriam estar vinculadas a ele – avaliam que há grande probabilidade de que o precedente venha a ser superado pela corte superior que o editou e, então, antecipam-se à revogação do precedente.⁶⁸⁴

A não aplicação do precedente do tribunal superior “não se dá por mera adivinhação. O tribunal inferior adota essa medida com base em recentes manifestações do tribunal superior que indicam o enfraquecimento do precedente”.⁶⁸⁵

Por sua vez, no *signaling*, “o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado [...], mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação”.⁶⁸⁶

⁶⁸² CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no Direito Processual. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, abr./jun. 2015, p. 35-37.

⁶⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 403.

⁶⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo, op. cit., p. 36.

⁶⁸⁵ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 158.

⁶⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit. p. 336. De acordo com Teresa Arruda Alvim, o *prospective overruling* e a sinalização “são técnicas que apresentam certa dose de identidade, já que, na sinalização, não se revoga o precedente, mas se adianta que, muito provavelmente, este será revogado ou alterado. No *prospective overruling*, pode haver a revogação com a postergação dos efeitos desta revogação, sem aplicação da nova regra ao caso que está sendo julgado, o que, de certo modo, acaba dando no mesmo”. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 114-115.

Já no julgamento-alerta o tribunal faz um anúncio público sobre a possibilidade de revisão de jurisprudência consolidada, veiculando a informação de que poderá rever ou reavaliar, em casos futuros, o posicionamento até então mantido e reiterado.⁶⁸⁷

O anúncio levado a efeito pelo tribunal “equivale a uma pronúncia de que a corte ‘duvida’ da correção do entendimento aplicado até aquele momento, e portanto se afigura possível a alteração de sua conclusão a respeito do tema”.⁶⁸⁸ A corte, em suma, ao fazer o anúncio, não promove o *overruling*, apenas comunica que ainda tem que fazer reflexões adicionais antes que a mudança seja implementada, pois, do contrário, já teria superado seu precedente.⁶⁸⁹

A diferença entre esas técnicas seria de grau: no *signaling* o tribunal afirma que o precedente deve ser revogado, indicando uma probabilidade, enquanto no julgamento-alerta ele aponta apenas para uma possibilidade de mudança de orientação.⁶⁹⁰

De outro lado, segundo a doutrina, o ponto em comum, é que a sinalização e o julgamento-alerta são técnicas preventivas – no sentido de atuarem antes da modificação – que se destinam a minimizar os efeitos nocivos de uma (possível) mudança de orientação, por meio das quais o tribunal intencionalmente põe em dúvida o acerto do precedente, deixando no ar a possibilidade de alterá-lo.⁶⁹¹

De acordo com essa corrente doutrinária, o objetivo dessas técnicas decisórias é enfraquecer a força do precedente, prevenindo mudanças abruptas e alertando os indivíduos para que não mais pautem suas condutas no entendimento até então consolidado.⁶⁹² Minando a credibilidade do precedente, o tribunal esvazia a confiança do jurisdicionado, gerando ambiente desfavorável a posterior modulação.⁶⁹³

Referindo-se especificamente à decisão alerta, Antonio do Passo Cabral aduz que “os particulares podem (e devem) deixar de praticar condutas que sejam exclusiva ou

⁶⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no Direito Processual. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, abr./jun. 2015, p. 32-33

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 33.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁶⁹⁰ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 144. CABRAL, op. cit., p. 36.

⁶⁹¹ ALVIM, op. cit., p. 143.

⁶⁹² CABRAL, op. cit., p. 32.

⁶⁹³ ALVIM, op. cit., p. 144.

preponderantemente baseadas na jurisprudência cuja revisão pode vir a acontecer, ou na interpretação rejeitada pela corte”.⁶⁹⁴ Dessa forma,

[...] ao operar o anúncio público, alertando sobre a possível revisão do entendimento jurisprudencial, o tribunal transfere o risco dos prejuízos pela alteração da estabilidade para o particular. Portanto, caso programe suas atividades com base no entendimento que venha a ser alterado, o indivíduo não poderá alegar expectativas legítimas dignas de proteção, porque sua conduta, a partir do momento do anúncio público, fora tomada assumindo o risco da mudança. Com a publicação e divulgação desta notícia, inclusive na imprensa, pode ficar descaracterizada a legitimidade da confiança depositada pelo particular na manutenção da jurisprudência anterior. De fato, as expectativas na aplicação do direito (*Rechtsanwendungserwartungen*) perdem sua razão quando os tribunais anunciam que estarão refletindo sobre a sua jurisprudência até aquele momento consolidada.⁶⁹⁵

Delineado o contexto que permeia a aplicação das técnicas do *signaling* e do *warnurteil*, infere-se que, a partir do julgamento em que implementada a sinalização ou o anúncio público acerca da possibilidade de se empreender a mudança do precedente, o tribunal propositalmente faz surgir uma situação de incerteza jurídica, a fim de que os cidadãos não mais possam invocar a confiança justificada no “precedente ameaçado de revogação” para legitimar suas condutas.

Em outros termos, o tribunal indica que, em processos futuros, as pessoas não poderão argumentar que fiaram suas condutas, atos ou negócios jurídicos, praticados após a sinalização ou o anúncio, confiando na manutenção do entendimento pretérito, devendo, portanto, amargar os prejuízos decorrentes dos riscos que assumiram ao realizá-los diante de um cenário nebuloso, de imensa insegurança jurídica, intencionalmente criado pelo próprio Estado, a quem incumbe precipuamente evitá-la a todo custo.

Como se vê, do ponto de vista da teoria geral, semelhantes técnicas decisórias não encontram respaldo no Estado de Direito e nem na racionalidade do ordenamento jurídico.⁶⁹⁶ Sua aplicação, a toda evidência, apenas incrementa um estado absolutamente indesejado de insegurança jurídica e injustiça, colocando os ônus decorrentes de um ambiente de incerteza jurídica – propositalmente criado pelo Estado – sobre as costas do cidadãos ou das empresas, não se vislumbrando qualquer utilidade, vantagem ou benefício em seu emprego.

Decisões dessa natureza não se coadunam com as funções nomofilática, paradigmática e uniformizadora confiadas aos tribunais superiores, anteriormente tratadas.

⁶⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no Direito Processual. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, abr./jun. 2015, p. 33.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 34

⁶⁹⁶ É preciso registrar que a doutrina nacional, ainda que reconheça vantagens e defenda o manejo da técnica, admite haver severas críticas à sua aplicação. Nesse sentido, cf. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 143; CABRAL, op. cit., p. 36

De outro lado, com mais razão, semelhantes técnicas não podem ser aplicadas no país, já que não encontram amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, em que os precedentes são vinculantes *ex vi legis*, conforme dispõe o art. 927, *caput*, do CPC/2015.

No sistema processual brasileiro inaugurado pelo CPC/2015, a eficácia vinculante da razão de decidir de um precedente vigora até que outro precedente do mesmo tribunal superior expressamente a revogue, como se infere dos arts. 927, §§2º a 4º, e 1.040. Como se observa, a força vinculante do precedente brasileiro não se “desgasta gradualmente”.⁶⁹⁷

A lógica do sistema jurídico posto é, por assim dizer, do tudo ou nada: ou o precedente é “completa e continuamente” aplicado, porque em pleno vigor, ou não o é, porque formalmente revogado por outro, que deu resposta diferente para uma mesma questão jurídica.

Ademais, o julgamento que lança mão da sinalização ou do julgamento-alerta é fator causador de instabilidade decisória futura, além de desintegrar e retirar a coerência do direito jurisprudencial, estando em total descompasso com os deveres impostos aos tribunais pelo art. 926, *caput*, do CPC/2015.

Com efeito, a solução adequada para minimizar – ou mesmo eliminar – os efeitos nocivos de uma mudança de entendimento jurisprudencial é a modulação temporal de seus efeitos, mediante o manejo da técnica do *prospective overruling*, prevista no §3º do art. 927 do CPC/2015.

Por fim, o *anticipatory overruling*⁶⁹⁸ também não é compatível com o sistema processual do país⁶⁹⁹, uma vez que um tribunal inferior não pode deixar de aplicar o precedente do tribunal superior, que goza de eficácia *formalmente* vinculante, sob pena, inclusive, de nulidade da decisão por ausência de fundamentação, como estabelece o art. 489, §1º, VI, do novo *Codex* adjetivo.

⁶⁹⁷ Registra-se, porém, ao menos um precedente do STF em que se lançou mão da técnica da sinalização, sem, contudo, debater a sua compatibilidade com o sistema de precedente e as possíveis vantagens de aplicá-la. STF, Tribunal Pleno, RE 651.703 ED, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.02.2019, DJe 06.05.2019.

⁶⁹⁸ A técnica também tem pontos de convergência com o julgamento-alerta e a sinalização, conforme destaca Ronaldo Cramer: “[...] para promover a superação antecipada, o tribunal inferior deve apontar julgados monocráticos ou colegiados do tribunal que criou o precedente demonstrando sua tendência a superá-lo. O uso da superação antecipada é uma das legítimas consequências da sinalização, medida que se verá posteriormente. Se, num determinado julgado, o tribunal superior sinalizar que poderá superar o precedente futuramente, os tribunais inferiores terão motivo suficiente para realizar a superação antecipada”. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 159.

⁶⁹⁹ Em sentido contrário, sustentando enfaticamente a possibilidade de aplicação dessa técnica no sistema de precedentes brasileiro, a fim de lhe conferir maior flexibilidade e, por conseguinte, evitar o engessamento do Direito, além de aumentar o diálogo institucional entre os tribunais superiores e os ordinários, cf. ATAÍDE JR. Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no Direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 236, out. 2014, p. 296-298.

A alternativa viável, que guarda alguma aproximação com o *antecipatory overruling*, quanto ao resultado, consiste na utilização da técnica da distinção pelos órgãos das instâncias ordinárias, conforme consta expressamente da parte final do dispositivo, por meio da qual é possível demonstrar a existência de diferenças fáticas ou jurídicas do caso *sub judice* em relação ao precedente do tribunal superior⁷⁰⁰, conforme, aliás, fica claro da leitura do art. 896-C, §16, da CLT, que preconiza que “a decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos”.⁷⁰¹

3.5.9 Publicidade dos precedentes (art. 927, §5º, e art. 979)

A publicidade está na essência dos princípios democrático e do Estado de Direito, os “dois corações políticos que movem o Estado Constitucional”.⁷⁰² É princípio básico norteador das ações da Administração Pública, conforme estatui o art. 37, *caput*, da Constituição.

Na esfera jurisdicional, a publicidade representa elemento indispensável para a conformação do *due process of law* ou do processo justo. Em nível constitucional, a publicidade está assegurada no art. 5º, LX, e no art. 93, IX, da Carta de 1988.

Vale rememorar que, na Inglaterra, a despeito de existir, em deferência à segurança jurídica, uma secular tradição de seguir decisões judiciais pretéritas, os precedentes somente se consolidaram na segunda metade do século XIX, a partir do momento em que os tribunais começaram a catalogar seus principais julgados, que passaram a ser organizados e divulgados por meio de repositórios oficiais feitos por profissionais (*the reporters*).⁷⁰³

Com o passar do tempo, os principais repositórios de precedentes judiciais “tornaram-se preciosa fonte de consulta de juízes e advogados, imprescindível para o funcionamento do modelo de precedentes, inclusive por contribuírem decisivamente para que a sua aplicação não afetasse a integridade do sistema jurídico inglês como um todo”.⁷⁰⁴ Posteriormente, de acordo com David Pugsley, já no final do século XIX, foi lançado o primeiro livro doutrinário – sobre teoria geral do direito – em que houve um estudo detalhado sobre a regra do *stare decisis* e

⁷⁰⁰ Apenas e tão somente nesse sentido, é que se pode reconhecer a compatibilidade com a Constituição e o CPC/2015 do enunciado 320 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que assim dispõe: “os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

⁷⁰¹ Ideia que também eflui do art. 1.040, §§ 9º e 12, do CPC/2015.

⁷⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 510.

⁷⁰³ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 253.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 253.

sobre dezoito importantes precedentes da *House of Lords: o First Book of Jurisprudence*, de Frederick Pollock, publicado em 1896.⁷⁰⁵

Com efeito, a catalogação científica e a ampla divulgação desses repositórios de decisões importantes da *House* foi fundamental para o conhecimento efetivo dos precedentes e sua melhor compreensão pelas pessoas, especialmente advogados, tendo constituído elemento crucial para consolidação da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra, isto é, para se exigir respeito obrigatório (eficácia vinculante) às decisões dos tribunais ingleses em geral, notadamente àquelas oriundos de seu órgão de cúpula: a *House of Lords*.

Com se nota do exemplo inglês, a publicidade adequada é imprescindível para a viabilizar a desejada instrumentalização prática dos precedentes. É dizer: para que haja satisfatória invocação, aplicação, distinção, revogação e, inclusive, modulação dos efeitos desses precedentes.

O CPC/2015, portanto, atento a esse aspecto da teoria dos precedentes, positivou regras destinadas a ampliar significativamente a publicidade das decisões dos tribunais superiores às quais pretendeu conferir eficácia vinculante, de modo a propiciar amplo acesso e conhecimento de seus precedentes e facilitar a compreensão da controvérsia fática e jurídica subjacente à causa e dos motivos determinantes do julgado.

Nesse sentido, são as disposições carreadas nos arts. 927, §5º, e 979, do *Codex*:

Art. 927, § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 979. 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.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

⁷⁰⁵ PUGSLEY, David F. Origine della regola dello *stare decisis*. In: VINCENTI, Umberto (org.). *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*. Padova: Cedam, 1998, p. 240. A obra de Pollock, segundo Pugsley, serviu de base para grande parte da argumentação utilizada por Reid, advogado do recorrente, no famoso caso *London Tramways*, em que a *House of Lords* declarou-se absolutamente vinculada aos seus precedentes, dando início à “doutrina” do *strictly binding precedent*, que vigorou até 1966, quando editado o *Practice Statement*. *Ibid.*, p. 241-242.

Como se infere da leitura desses dispositivos, a publicidade adequada não se resume a conferir ampla divulgação aos precedentes já formados, cujos acórdãos foram publicados e que, eventualmente, já transitaram em julgado.

A legitimidade do sistema precedentalista impescinde da ampla publicidade do procedimento de formação dos precedentes⁷⁰⁶, que viabiliza também a controlabilidade das decisões judiciais, a partir da ciência e análise da adequação e suficiência de sua fundamentação.

Daí a importância da ampla divulgação da decisão de afetação dos recursos repetitivos selecionados, que deverá identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento, de sorte a viabilizar, após a sua publicação: a) a participação da sociedade no procedimento, por meio de *amicus curiae*, da oitiva de especialistas e entidades especializadas na matéria subjacente ao recurso, e da realização de audiências públicas; b) a participação dos demais órgãos do Poder Judiciário, aos quais poderão ser requisitadas informações a respeito da controvérsia; c) a suspensão, de ofício ou a requerimento das partes, dos processos em curso que versem sobre a questão controvertida objeto da afetação; e d) a intimação das partes para ciência da decisão de suspensão de seus processos e para que possam demonstrar a distinção entre a questão discutida nos processos e a versada no recurso afetado.

Além disso, a publicação do acórdão é o ponto de partida da eficácia da decisão vinculante⁷⁰⁷, independentemente do seu trânsito em julgado.⁷⁰⁸

⁷⁰⁶ Para facilitar o acesso aos precedentes pelos operadores do Direito, o CNJ, em atenção às diretrizes traçadas pelo legislador do CPC/2015, editou a Resolução 235/2016, que “dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dá outras providências”, cujo art. 5º criou, no âmbito do CNJ, o banco nacional de dados “com informações da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), do STJ, do TST, do TSE, do STM, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal”.

⁷⁰⁷ CPC, art. 1.040, *caput*; CLT, art. 896-C, §11.

⁷⁰⁸ [...] ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral. (STF, Tribunal Pleno, RE 579.431 ED, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.06.2018, DJe 21.06.2018). No mesmo sentido, no STJ, Corte Especial, REsp 1.696.396/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.12.2018, DJe 19.12.2018; STJ, Corte Especial, AgInt no RE nos EDcl no AgRg no REsp 1.520.680/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 18.04.2018, DJe 26.04.2018.

3.6 O PROCEDIMENTO COMO FUNDAMENTO LEGITIMADOR DA EDIÇÃO E DA REVOGAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES E DA MODULAÇÃO TEMPORAL DE SEUS EFEITOS

Os precedentes vinculantes, assim como as súmulas vinculantes e as decisões em ações de controle concentrado de constitucionalidade, são o resultado da observância de procedimentos próprios, condizentes com a natureza e a finalidade que cercam a edição de cada um desses atos normativos decisórios.

Os procedimentos mais sofisticados – no sentido de instituírem mecanismos e técnicas processuais especialmente destinados a viabilizar a criação de uma *ratio decidendi* (ou de uma tese jurídica) clara e objetiva, embasada em fundamentos robustos, amplamente discutidos, bem como sua ulterior aplicação nos casos concretos – são, sem dúvida, os que visam à solução de casos repetitivos (art. 928 do CPC/2015).

Propõe-se estender a aplicação do rito dos recursos repetitivos para permitir que os tribunais superiores possam ampliar as possibilidades de edição de precedentes vinculantes para além de suas competências recursais extraordinárias.

3.6.1 Casos repetitivos (art. 928)

O art. 928 do CPC/2015 considera julgamento de casos repetitivos as decisões proferidas em: a) incidente de resolução de demanda repetitiva; e b) recursos especial e extraordinário repetitivos.

Com efeito, o CPC/2015 positivou um microssistema de solução de casos repetitivos, formado pelo incidente de resolução de demandas repetitivas e pelo julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, que é constituído a partir do que dispõe o art. 928 do Código.⁷⁰⁹

O objetivo geral desse microssistema é promover a segurança jurídica e a isonomia, conforme se deduz do texto expresso do art. 976, II, do CPC/2015. Não obstante, é preciso diferenciá-los, pois possuem objetivos específicos diversos. Nesse sentido, há que se destacar que

[...] rigorosamente, o julgamento de toda e qualquer questão poderia ser tido como repetitivo, pelo simples fato de as questões poderem se repetir – ainda que em casos distintos. Daí que o incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ter o

⁷⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 227.

mesmo objeto dos recursos repetitivos: enquanto que o incidente visa a resolver casos repetitivos, o recurso especial visa a formar precedentes. São projeções das diferentes funções que cada uma das cortes, encarregadas de seus julgamentos, levam a efeito.⁷¹⁰

Além do microsistema de solução de casos repetitivos, o CPC/2015 estabeleceu um microsistema de formação concentrada de precedentes vinculantes pelos tribunais superiores (que, portanto, não abrange o IRDR), composto pelos recursos extraordinário, especial e de revista repetitivos⁷¹¹, que possuem um núcleo em comum, que norteia os respectivos procedimentos, seus julgamentos e seus efeitos.

Ilustrativamente, compõem esse núcleo as disposições relacionadas à ampliação da cognição e da participação, à fundamentação adequada, ao contraditório substancial e à ampla publicidade.

Deve haver, portanto, um profícuo diálogo das fontes processuais componentes desse microsistema (que, evidentemente, não se esgotam nas regras estampadas no CPC/2015), a fim de que a sua funcionalidade seja maximamente otimizada. Esse diálogo, marcado pela pluralidade de fontes normativas, visa a propiciar uma melhor interpretação da legislação processual e a otimização de soluções conformes ao direito fundamental ao justo processo.⁷¹²

3.6.1.1 Recursos excepcionais repetitivos

Os recursos extraordinário e especial podem chegar ao STF e ao STJ veiculando questões repetitivas ou não repetitivas⁷¹³ – assim como sucede com o recurso de revista trabalhista e o recurso especial eleitoral em relação ao TST e ao TSE.

⁷¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. Vol. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 208.

⁷¹¹ Arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015 c.c. arts. 896-B e 896-C da CLT.

⁷¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 495; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 264.

⁷¹³ *Ab initio*, há que se ressaltar que os recursos extraordinários não se submetem ao rito dos recursos repetitivos em razão da existência do instituto da repercussão geral, que funciona como filtro recursal do acesso ao STF e cujo julgamento do mérito do respectivo apelo extraordinário produz os mesmos efeitos dos recursos especiais repetitivos. Na realidade, como bem observa Luiz Guilherme Marinoni, a técnica dos recursos repetitivos é incompatível com o papel de um tribunal constitucional, como o STF, e até mesmo de um tribunal superior, como o STJ, visto que esses tribunais não têm “a função de resolver casos concretos nem de resolver ou facilitar a resolução de casos múltiplos”. Contudo, com relação aos recursos especiais, ante a ausência de um filtro recursal nos moldes da repercussão geral, que permitisse ao STJ selecionar os casos a serem apreciados, a técnica de processo e julgamento dos recursos repetitivos encontra utilidade. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 138-143. Por questões didáticas, e considerando a dicção trazida pelo CPC/2015, tratar-se-á do procedimento dos recursos repetitivos fazendo alusão também aos recursos extraordinários.

Em qualquer hipótese, o conhecimento, o processamento e o julgamento desses recursos excepcionais, repetitivos ou não, possuem alguns pressupostos recursais em comum, como a tempestividade do recurso (piloto ou não-piloto), o prequestionamento, a demonstração da divergência jurisprudencial, o preparo e a formulação de preliminar de repercussão geral no recurso extraordinário.⁷¹⁴

Por isso, ao lado das disposições gerais referentes a todos os recursos de matriz extraordinária, previstas nos arts. 1.209 a 1.035, o CPC/2015 traça um sofisticado regime de processamento e julgamento, dividido em cinco nítidas etapas, que é aplicado quando esses recursos têm por objeto questões consideradas representativas de controvérsias, regulamentado pelos arts. 1.036 a 1.041.⁷¹⁵

A primeira etapa consiste na escolha de recursos-piloto, que veiculem “idêntica questão de direito”, sendo que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” (art. 1.036, §6º).

As razões e contrarrazões recursais, para legitimarem a decisão final, devem, pois, conter ampla fundamentação sobre a questão controvertida. Com efeito, devem ser escolhidos recursos em que as partes tenham demonstrado uma adequada representatividade do ponto de vista objetivo. É dizer: o que importa, na escolha dos recursos-piloto, não é a verificação de uma “representatividade subjetivamente adequada”, como sucede na esfera do processo coletivo, mas, sim, uma “representatividade objetivamente argumentativa”.

A segunda etapa refere-se à prolação de decisão de afetação, por meio da qual o relator “identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento” (art. 1.037, I).

Ao exigir a identificação precisa da questão repetitiva a ser dirimida, a lei objetiva delimitar, de forma clara e objetiva, o âmbito de incidência normativa da tese jurídica a ser solenemente enunciada ao final do julgamento, de modo a facilitar a ulterior identificação (por juízes, tribunais inferiores e superiores, operadores do direito e demais destinatários da norma judicial) dos processos cuja tramitação deverá ser suspensa e em que a tese haverá de ser aplicada (art. 1.307, II, e 1.040, I a IV).

Outrossim, a decisão de afetação também facilita a identificação dos processos distintos, isto é, daqueles que tratam de questões jurídicas diversas das versadas nos recursos extraordinário ou especial selecionados, em relação aos quais não incidirá a ordem de suspensão

⁷¹⁴ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 255.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 255.

da tramitação e nem a tese firmada no acórdão paradigma. A afetação otimiza a aplicação da técnica da distinção, disciplinada pelos §§9º a 13 do art. 1.037 do CPC/2015.

A terceira etapa diz respeito à adoção de providências preparatórias para o julgamento previstas no art. 1.038 do *Codex* de 2015, que permitem ao relator: a) “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno”; b) “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento”; c) “requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se”.

Essas medidas traduzem regras concretizadoras do modelo constitucional de processo que realçam o seu caráter democrático – inclusive do ponto de vista do fomento do diálogo institucional no âmbito interno do Poder Judiciário. Somadas ao dever de fundamentação adequada (art. 927, §1º), essas regras outorgam maior legitimidade ao procedimento dos recursos repetitivos e de suas decisões.

A quarta etapa concerne à deliberação e ao julgamento dos recursos repetitivos.

Se, de um lado, como se viu, é pressuposto da seleção dos recursos como representativos de controvérsia que eles "contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida" (art. 1.036, §6º), de outro, é necessário que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida” (art. 1.038, §3º). Trata-se de uma questão lógica, que envolve a necessária congruência entre o que foi debatido no processo e o que será decidido no recurso.

O acórdão paradigma, como toda decisão, contém relatório, fundamentação e dispositivo (art. 489, *caput*, I a III do CPC/2015).

O relatório, muitas vezes relegado a segundo plano, é de suma importância no processo de formação de precedentes pela via dos recursos repetitivos. Ele deve ser redigido de forma bastante minuciosa e completa, a fim de que sua simples leitura permita que os demais julgadores, em particular, e a sociedade, em geral, tenham uma visão abrangente do litígio. O relatório deve, pois, detalhar todo o histórico dos debates em torno da controvérsia, identificando, com precisão, o contexto fático que permeia a lide, bem como todos os argumentos jurídicos favoráveis ou contrários à solução do conflito em um ou outro sentido.⁷¹⁶

⁷¹⁶ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 262. Na opinião de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, o relatório deve ser apresentado de modo claro e didático, para que funcione como um verdadeiro guia de

A fundamentação do acórdão deve ser exauriente, devendo enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelos ministros julgadores, sob pena de ser considerada omissa e mesmo nula, conforme se deduz da leitura conjugada do art. 93, IX, da Constituição c.c. arts. 489, §1º, IV, 927, §1º, 1.022, parágrafo único, II, e 1.038, §3º, do CPC\2015.

Concluída a votação, tem-se como proferida decisão; proclamando-se, em seguida, os resultados ou conclusões do julgamento, será lavrado o acórdão paradigma, que conterá duas decisões: a edição de uma tese jurídica geral e a solução da controvérsia *inter partes*.

Com efeito, infere-se que o julgamento em si possui dois momentos de feições bem distintas: a) o primeiro, de matiz objetiva, em que o tribunal, apreciando todos os argumentos jurídicos favoráveis e contrários às razões declinadas pelo recorrente e recorrido, delimitados pelas balizadas fáticas do litígio, define a melhor solução interpretativa para a questão controvertida, que culminará na proclamação solene de uma tese jurídica a ser replicada nos casos pendentes e futuros⁷¹⁷; b) o segundo, de natureza subjetiva, em que o tribunal efetivamente julgará a causa, aplicando o direito à espécie, dando ou negando provimento aos recursos-piloto.⁷¹⁸

O caráter eminentemente objetivo dos recursos selecionados como representativos da controvérsia é ainda mais escancarado pelo art. 998, parágrafo único, do CPC/2015, que estipula que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

Esse dispositivo deixa nítido que o interesse coletivo na fixação de uma tese geral dotada de eficácia *erga omnes* prevalece sobre o interesse individual dos litigantes em ver acolhidas suas pretensões.⁷¹⁹ A decisão do processo, transmutado de causa-piloto para causa-modelo,

consulta, sendo possível a exposição do conjunto de argumentos em forma de tabelas, de modo a que se facilite a visualização dos argumentos contrapostos. DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3, 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 619.

⁷¹⁷ “Tratando-se de Corte de Precedentes e, portanto, de colegiado que não está apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente elaborando decisão para o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Significa dizer, em poucas palavras, que a proclamação do resultado não é mais sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento das Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 126.

⁷¹⁸ É apenas com relação a essa parte do julgamento que deve ser atualmente compreendido o vetusto enunciado da Súmula 456 do STF, *in verbis*: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

⁷¹⁹ Por isso, evidenciando o interesse público subjacente à sua atuação jurisdicional, o STF também admite o julgamento do recurso extraordinário para firmar tese, para fins de repercussão geral, em casos em que: a) ocorre a superveniente falta de interesse de agir, decorrente da perda de objeto da ação (STF, Tribunal Pleno, RE 647.827,

aproxima-se significativamente da proferida em sede de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.⁷²⁰

Com efeito, assim como deve ocorrer com outros institutos processuais, o interesse de agir, ao menos na esfera recursal extraordinária, há que ser repaginado, pois não mais coincide com a sua noção clássica privativista-liberal, cunhada ao longo dos séculos XIX e XX.

A quinta etapa alude à aplicação da tese firmada no acórdão paradigma, que irradiará seus efeitos nos casos pendentes, em trâmite em qualquer instância, e futuros que versarem sobre a mesma questão jurídica objeto do julgamento do recurso repetitivo (arts. 1.039, *caput*, e 1.040, *caput*, I a IV do CPC).

A publicidade conferida ao acórdão paradigma precedente firmado deverá ser bastante ampla, como mencionado em tópico anterior.

3.6.1.2 Incidente de resolução de demandas repetitivas

O IRDR é regido pelos arts. 976 a 987 do CPC/2015. Interessa aqui apenas realçar alguns pontos de convergência e de divergência nos procedimentos dos recursos representativos de controvérsia e do IRDR, visto que integram um microssistema processual de solução de casos repetitivos, cujas fontes normativas se comunicam.

O IRDR é um incidente processual que pressupõe: a) a efetiva repetição de processos que tratam de questão unicamente de direito, não sendo cabível para discutir matéria fática; b) a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; e c) a pendência de uma causa em qualquer tribunal, esteja ela estampada em um recurso, em remessa necessária ou em ação de competência originária.

Trata-se de incidente voltado à solução de casos repetitivos de caráter subsidiário, eis que não pode ser instaurado se já houver recurso repetitivo afetado, pelo STF ou pelo STJ, para definição de tese sobre questão de direito material ou processual (art. 976, §4º).

A regra do art. 976, II, do CPC/2015, ao condicionar a instauração do incidente à demonstração de risco de violação à isonomia e à segurança jurídica, denota que o IRDR pressupõe a existência de decisões antagônicas já proferidas acerca de uma mesma questão

rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.02.2017, DJe 31.01.2018; b) a pedido da desistência do mandado de segurança formulado pelo impetrante (STF, Tribunal Pleno, RE 693.456, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.10.2016, DJe 18.10.2017).

⁷²⁰ *Mutatis mutandis*, o mesmo sucede no caso de as partes celebrarem acordo na esfera recursal extraordinária, o que implica a composição amigável da lide, pondo-se fim ao conflito de interesses. O relator do recurso extraordinário ou especial selecionado deverá homologar o acordo, nos termos do art. 932, I, do CPC/2015. Sem prejuízo da homologação, perdurará o interesse do tribunal superior (e de toda a sociedade) em apreciar, em abstrato (*i.e.*, fora de um contexto de litígio), o recurso para fins de fixação de uma tese geral.

jurídica, na primeira instância ou no próprio tribunal, funcionando como um mecanismo de uniformização de jurisprudência a ser apreciado por colegiado maior indicado pelo regimento interno, como se colhe do art. 978, *caput*, do *Codex*.

À semelhança dos recursos excepcionais repetitivos, o caráter eminentemente objetivo do julgamento resultante do IRDR é evidente, como se infere de dispositivos do CPC/2015, que denotam: a) que a desistência ou abandono do processo em que instaurado o IRDR não impede o exame de seu mérito, hipótese em que o Ministério Público, se não tiver sido o requerente, deverá assumir sua titularidade (art. 976, §§ 1º e 2º); b) que o incidente tem caráter residual em relação aos recursos especiais ou extraordinários repetitivos (art. 976, §4º); c) a possibilidade de sua instauração por provocação pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública (art. 977, I e III); d) a clara distinção entre o julgamento do incidente fixador da norma geral objetiva e do recurso, remessa necessária ou ação originária de que se originou, que solucionará o litígio individual (art. 978, parágrafo único⁷²¹); e) a exigência de “ampla e específica divulgação e publicidade”, por meio do registro eletrônico de teses jurídicas no CNJ, que deve conter, pelo menos, informações sobre “os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos a ela relacionados” (art. 979, §§ 1º a 3º); f) a prerrogativa do relator de determinar a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos; a requisição de informações aos órgãos judiciais em que tramitam processos nos quais se discute a mesma questão tratada no incidente; a intimação do Ministério Público para se manifestar; a oitiva das partes e demais interessados, na condição de *amicus curiae*; e, ainda, a realização de audiências públicas (art. 982, I a III, e 983, *caput*, e §1º); g) a possibilidade de sustentação oral por terceiros juridicamente interessados, isto é, por pessoas e entidades que não são partes (autor e réu) na causa que deu origem ao IRDR (art. 984, *caput*, *b*); e h) a determinação de aplicação da tese jurídica aos casos pendentes e futuros; a previsão de cabimento de reclamação no caso de inobservância da tese; e a comunicação do resultado do julgamento aos órgãos ou entidades para fiscalização da efetiva aplicação da tese por parte dos entes prestadores de serviço concedido, permitido ou autorizado, sujeitos à regulação (art. 985, *caput*, e §§ 1º e 2º).

⁷²¹ *In litteris*: O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

3.6.2 A aplicação do procedimento dos recursos repetitivos como mecanismo geral de formação e revogação de precedentes fora da competência recursal extraordinária

Como é cediço, o procedimento é processo em contraditório. Em termos mais abrangentes, ele é concebido como garantia de participação das partes na formação do provimento decisório. Por conseguinte, o procedimento imbrica-se com o devido processo legal. E “somente é o ‘devido processo legal’ o procedimento que obedece aos direitos fundamentais processuais insculpidos na Constituição, tais como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação”.⁷²²

O procedimento dos recursos repetitivos, como visto, é plenamente compatível com o modelo constitucional de processo vigente no país.

Além disso, cabe ressaltar que o procedimento – assim como todos os institutos e regras relacionados à jurisdição, à ação e ao processo – não constitui fim em si mesmo, mas sim um instrumento por meio do qual são apreciadas as pretensões materiais – e mesmo processuais – deduzidas pelas partes que reivindicam seus direitos em juízo. Justamente em razão da instrumentalidade do direito processual civil, um determinado procedimento pode ser, por vezes, empregado em outras ações, recursos ou incidentes processuais – que possuem ritos próprios condizentes com os seus respectivos objetos –, como forma de otimizar a prestação da tutela jurisdicional.

Com efeito, imperativos de segurança jurídica e isonomia, em dadas situações, podem recomendar a adoção de procedimentos diferentes daqueles previstos em lei, de modo a objetivar um processo de índole originariamente subjetivo em trâmite no STF ou nos demais tribunais superiores (v.g., ação cível ou penal originária, ação rescisória, reclamação, mandado de segurança, *habeas corpus*, recurso ordinário).

O objetivo da aplicação analógica do regime dos recursos repetitivos – em vista da sua natureza de incidente processual de natureza objetiva, que provoca o julgamento abstrato de uma determinada questão jurídica submetida⁷²³ – é ampliar o âmbito de decisões passíveis de formar precedentes dotados de eficácia vinculante, incrementando, como dito, a segurança jurídica e a isonomia.

⁷²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 490.

⁷²³ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 607.

Da análise dos procedimentos acima estudados, não resta dúvida de que, de fato, o procedimento a que são submetidos os recursos extraordinário e especial repetitivos selecionados representa o mais sofisticado mecanismo de produção de precedentes vinculantes.

Conforme bem pontuam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, a ideia subjacente a esse procedimento é de que os tribunais superiores julguem bem nas primeiras vezes – *leading cases* –, evitando-se a prolação de decisões superficiais que se repetem às centenas (ou milhares), constantes idas e vindas, instabilidade e anarquia decisória⁷²⁴. Por meio do rito dos recursos repetitivos “é preciso otimizar o debate e o espaço-tempo processuais, gastando-os bem para que haja estabilidade, coerência e integridade na formação decisória.”⁷²⁵

Desse modo, é plenamente possível que o STF e os demais tribunais superiores apliquem o procedimento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (por meio do qual os tribunais superiores exercem competência recursal extraordinária) em outras causas originárias ou decorrentes de competência recursal ordinária, previstas nos arts. 102, I e II, e 105, I e II, da Constituição, ainda que não veiculem questões consideradas repetitivas⁷²⁶, sempre que a segurança jurídica e a isonomia assim o recomendarem.

3.7 DEVER DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES REVOGADORAS DE PRECEDENTES (*PROSPECTIVE OVERRULING*)

Valter Shuenquener de Araújo afirma, com razão, que não há consenso na doutrina sobre a forma como as alterações de jurisprudência devem ser tratadas.⁷²⁷

O presente trabalho traz uma proposta de como tratá-las.

Como observado no início do capítulo anterior, ao cuidar da discussão sobre o enquadramento das decisões como fonte do Direito, a falta de convergência doutrinária em torno desse assunto decorre, sobretudo, das diversas concepções sobre a natureza da jurisdição – se atividade declaratória ou constitutiva do Direito –, intensamente debatidas há mais de dois séculos nos países da tradição do *civil law* e do *common law*.

⁷²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 307.

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 307.

⁷²⁶ Na jurisprudência, colhem-se alguns precedentes em que a técnica dos recursos repetitivos foi empregada em outras ações, tais como a reclamação, inclusive antes do advento do CPC/2015. Cf. STJ, Segunda Seção, Rcl 12.062/GO, rel. Min. Raul Araújo, j.12.11.2014, DJe 20.11.2014.

⁷²⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 184

Adota-se o entendimento de que, observados determinados requisitos de natureza processual e procedimental – órgão competente, formação de maioria de votos adotando a mesma razão de decidir, observância de um procedimento específico –, as decisões judiciais são fontes primárias criativas do Direito – ainda que subordinadas às leis –, qualificando-se, formalmente, como precedentes vinculantes.

Desse modo, a modificação de precedentes implica modificação do próprio Direito, bem à semelhança do que ocorre com o advento de uma nova lei; suas alterações devem, pois, ser tratadas de forma análoga às alterações legislativas.

3.7.1 A analogia entre as leis e os precedentes

Na perspectiva acima exposta, o que ora se sustenta é que a lei e os precedentes se aproximam quanto ao grau de obrigatoriedade. E, por isso mesmo, mostra-se plenamente cabível a aplicação analógica do regime de direito intertemporal, disciplinador da sucessão de leis no tempo, para reger a “sucessão de decisões judiciais no tempo”, traçando-se, para esse fim, um paralelismo objetivo entre as leis e os precedentes judiciais, a partir das diretrizes constitucionais e legais relacionadas à matéria.⁷²⁸

Com plena razão, portanto, os professores Calmon de Passos ao afirmar, ainda no final do século passado, que os precedentes dos órgãos plenários do STF e do STJ, “um pouco à semelhança da função legislativa” – porquanto produzem normas de caráter geral e abstrato, só que de natureza interpretativa – obrigam a todos, “como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa”⁷²⁹; Misabel Abreu Machado Derzi ao ressaltar, mais recentemente, que “a norma judicial aproxima-se, a partir do momento em que se converte em jurisprudência, da norma legal, em suas características essenciais”⁷³⁰; e Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carilho Lopes, cuja valiosa lição merece ser transcrita:

⁷²⁸ O entendimento ora defendido, como ressaltado, não encontra amparo na doutrina majoritária, que funda a modulação dos efeitos dos precedentes revogadores na proteção da confiança. Nesse sentido, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 489. *In verbis*: “a questão principal e mais problemática, portanto, não é saber se o Poder Judiciário pode, ou não, mudar de orientação [...] a questão crucial, em vez disso, é a de saber como e com que efeitos ele deve fazê-lo [...] esse problema não pode ser respondido com as mesmas categorias da retroatividade referente ao Poder Legislativo, entre outros motivos porque, enquanto a lei se destina ao futuro, as decisões judiciais, em regra, vertem para o passado”; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 296-301. Diz este autor: “a simples solução da aplicação analógica da irretroatividade das leis não é capaz de abarcar toda a complexidade da atividade jurisdicional, tornando-se inadequada”. *Ibid.*, p. 301.

⁷²⁹ CALMON DE PASSOS, JJ. Súmula Vinculante. *Revista Ciência Jurídica*, ano XIII, v. 85, jan./fev. 1999, p. 288-289.

⁷³⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 575-576. Merece registro, ainda, a posição de Nelson Nery Jr.: “também decorre da segurança jurídica a irretroatividade do direito, situação mais abrangente do que a irretroatividade da lei prevista na CF 5º XXXVI

[...]em virtude dessa aproximação da jurisprudência à lei ou da sua parcial imperatividade como fonte do Direito, sua eficácia normativa sujeita-se, tanto quanto a da lei, às limitações temporais ditadas pela Constituição Federal em relação a fatos pretéritos ou situações jurídicas consumadas. Tanto quanto a lei, a jurisprudência não pode projetar essa eficácia ao passado, a ponto de se impor sobre essas situações, sem guardar o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (Const., art. 5º, XXXVI). O próprio substrato constitucional da aceitabilidade da jurisprudência como fonte do direito, ou seja, a oferta de segurança jurídica à população, mediante a previsibilidade dos julgamentos do Poder Judiciário, impõe essa limitação temporal da eficácia normativa da jurisprudência.⁷³¹

A insigne tributarista Misabel Derzi, apoiando-se em Heidegger, enfatiza que a decisão judicial é ato pluridimensional de produção normativa, um “acontecimento-apropriador do Direito”, que será – quando emanada dos tribunais superiores – sempre constitutiva de uma expectativa normativa *erga omnes* de segurança e igualdade que o Estado Democrático de Direito provoca, no sentido de que todos aqueles que se encontram em igual situação receberão o mesmo tratamento jurisdicional.⁷³²

A principal diferença entre as leis e os precedentes, que está na base do dogma da separação das funções estatais, assenta-se na amplitude do poder de criação do Direito conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário e na fundamentação de suas decisões.

A liberdade de criação normativa do Poder Legislativo é bastante ampla. O legislador goza de considerável margem de discricionariedade no estabelecimento das leis, que encontra apenas limites formais, relacionados à competência e ao processo legislativo, e materiais, consistentes, sobretudo, na observância dos direitos e garantias fundamentais.

Além disso, observadas as limitações constitucionais, o legislador não precisa justificar formalmente suas decisões, uma vez que as leis são fruto da obtenção de um consenso político-deliberativo acerca da conveniência e oportunidade de editá-las ou revogá-las.

A seu turno, a liberdade de criação normativa do Poder Judiciário é menos abrangente. Os tribunais possuem certa margem de discricionariedade na interpretação das leis, conformando seu sentido de acordo com as possibilidades semânticas que delas podem ser extraídas à luz dos fatos relevantes comprovados em um dado caso concreto. Enfim, os tribunais

porque aqui a Constituição dixit minus quam voluit, pois se o direito pudesse retroagir, estariam sendo desrespeitados a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. In: Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 101.

⁷³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 44-45.

⁷³² DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 576.

precisam o conteúdo e o alcance do “direito legislado”, criando, assim, o “direito jurisprudencial”, “direito vivo e tangível”, “direito palpável” no seio das relações sociais cotidianas.

Por isso, pontua Misabel Derzi, as normas judiciais, diversamente das legisladas, “não se descolam do texto e do contexto, de onde promanaram, estão ‘coladas’ aos casos originários”⁷³³, pelo que é preciso “compreender que a norma judicial não se pode desprender da casuística, dos casos concretos que motivaram sua criação. Esse é o limite que nos assegura que a jurisprudência consolidada obriga, vincula, impõe-se a todos mas não é lei”⁷³⁴.

Além disso, o dever de fundamentação adequada, como adrede consignado, é da essência da atividade jurisdicional; é condição de legitimidade do exercício democrático da jurisdição – por agentes públicos não eleitos – e de validade das decisões, integrando o conteúdo do *due process of law*.

Com efeito, parte-se das premissas fundamentais – bases teóricas desta obra – de que determinados acórdãos dos tribunais superiores contêm normas inovadoras do Direito, de caráter mais concreto que as leis, que, por isso mesmo, na prática, tendem a aumentar a cognoscibilidade do Direito, propiciando um “estado de normatividade” objetivamente mais seguro do que o criado pelo legislador, igualmente merecedor de proteção normativa do sistema jurídico, particularmente nas hipóteses de mudanças de entendimentos consolidados. Esses acórdãos, como se demonstrou, são os precedentes.

As leis e os precedentes, respeitadas algumas particularidades inerentes ao seu modo de produção, também permitem aproximações analógicas em relação à sua existência, vigência e eficácia, que representam aspectos fundamentais da dimensão temporal do Direito como um todo.

Conforme ressalta Wilson de Souza Campos Batalha, à semelhança da vida humana, as leis também possuem sua própria jornada de vida: “nascem, existem, morrem”⁷³⁵. O direito legislado “surge inopinadamente, vive no máximo de sua pujante vitalidade e morre de um golpe, cortado pela sanção de novas leis”⁷³⁶. Porém, adverte Batalha, não apenas as leis, mas todo o Direito “nasce sob o signo da morte. Vive e cresce, para depois apagar-se nas dobras da História, lenta ou abruptamente”⁷³⁷.

⁷³³DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 542.

⁷³⁴ Ibid., p. 576.

⁷³⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. v. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 109-110.

⁷³⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 48.

⁷³⁷ Ibid., p. 48.

Em uma nota, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, a vida, a existência e a morte das leis implicam a determinação do início, da continuidade e da cessação de sua vigência.⁷³⁸

O mesmo ocorre com os precedentes, que, por imperativo de racionalidade e funcionalidade do sistema normativo, devem ter suas “certidões de nascimento e de óbito”, contendo os termos precisos de início e fim de sua vida jurídica. Igualmente, é razoável esperar que, nascidos sem doenças congênitas ou vícios de origem insanável, tenham eles vida longa e estável – já que concebidos para durar no tempo, tal qual as leis que interpretam –, criando-se, assim, o que se convencionou denominar de “direito vivente”.⁷³⁹

Não obstante, diversamente do tempo humano (tempo biológico), o tempo jurídico é concebido sob uma perspectiva eminentemente intelectualística ou cronológica. Conforme pondera Wilson de Souza Campos Batalha:

O tempo jurídico é dividido em pedaços, como o espaço [...]. O tempo jurídico corta, opera dividindo, secando. Não é fluxo contínuo, não constitui um desenrolar-se, um evoluir, um transformar-se. Opera por cortes e saltos numa realidade que insta, dura e se transforma paulatinamente. O tempo jurídico, na fixação dos termos e dos prazos, fatais, peremptórios, improrrogáveis ou prorrogáveis, corta a realidade que dura, distinguindo a legalidade de ontem da legalidade de hoje, separando a validade do que se fez ontem e a invalidade do que se fez hoje, o útil de hoje e o útil de amanhã, a perda e a aquisição, o castigo dos que dormiram até o dia ‘x’ e o prêmio dos que permaneceram em ativa vigília até a data ‘y’.⁷⁴⁰

Outrossim, para Tércio Sampaio Ferraz Jr., o tempo cronológico é

[...] caracterizado basicamente pela irreversibilidade de um momento indefinido no passado que se projeta para um momento indefinido no futuro; o que passou, passou e não volta mais. Neste sentido, o tempo corrói, tudo tem uma inelutável qualidade chamada entrópica: tudo morre. Mas, nessa inelutável entropia do tempo físico, introduz-se a cultura humana (a ética, o Direito) com a capacidade de uma retomada reflexiva do passado e previsibilidade do futuro.⁷⁴¹

⁷³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. v. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 109-110.

⁷³⁹ A propósito, ensina Nicola Picardi que “o direito ‘vivente’ resulta [...] não tanto das normas em si mesmas consideradas, mas das argumentações jurídicas contidas nos pronunciamentos das Cortes. Tais argumentações tornam-se as verdadeiras e próprias normas, ou, como quer que seja, são assim consideradas. Nessa ótica, a prática do ‘direito vivente’ assume particular força, inclusive teórica, e mostra ser conexas a algumas orientações do pensamento jurídico pós-moderno. Se o significado de uma lei qualquer termina por se resolver na leitura que as Cortes lhe dão, ficou evidenciado [...] como a aprovação de uma lei por parte do parlamento – de per si, e fora da argumentação jurídica, que sobre essa não de tecer – não teria nenhum sentido. Portanto, fora da argumentação nada é possível dizer, seja sobre o significado seja sobre a própria existência da lei”. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22-23.

⁷⁴⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15.

⁷⁴¹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 07.

Apesar de eminentemente cronológico, o tempo do Direito não se move exclusivamente para a frente, como o faz o tempo do relógio e o do calendário, que computam a sua passagem de forma unidimensional. O tempo jurídico não se resume ao tempo intelectual ou cronológico, isto é, ao tempo criado voluntariamente pelo intelecto do ser humano e contado pelos relógios e calendários.

Ensina François Ost que o tempo do Direito é também tempo natural e depois cultural, é “temperança” (*temperantia, temperatio, temperare*). Temperança é mistura de “elementos polícronos”, “é mistura de tempos misturados”. Temperar é, sim, dividir, fracionar, seccionar, como o faz o tempo cronológico, mas também ligar, religar, separar e misturar tudo ao mesmo tempo. Enfim, o tempo do Direito é tempo plural, é medida de ritmo, é permanente “ligação e desligação” que existe por trás de todas as “figuras jurídicas”.⁷⁴²

Na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o tempo do sistema jurídico – ou, mais amplamente, o tempo do Direito – não pode ser encarado apenas a partir de seu viés unidimensional. Dentro do sistema jurídico, em que os tribunais ocupam posição central, há também o “tempo pluridimensional” ou “tempo multidimensional”, que é aquele que mescla passado, presente e futuro em suas operações internas.⁷⁴³

De fato, do ponto de vista de sua temporalidade, mormente no ambiente decisório jurisdicional, há certa autonomização do “tempo jurídico” (tempo interno ao sistema) em relação ao “tempo do ambiente” (tempo externo ao sistema), existindo, portanto, uma “assincronia necessária” entre eles.⁷⁴⁴ Isso quer dizer que, particularmente no que tange ao direito pretoriano, o “tempo jurídico não coincidirá com o tempo dos fatos ocorridos na realidade social”, pois “o tempo do ser não é o tempo do dever ser”.⁷⁴⁵

Apresentado o projeto de lei pela autoridade legitimada pela Constituição, deflagra-se o processo legislativo. Concluído o processo legislativo, com a sanção ou a rejeição do veto presidencial ao texto aprovado, nasce a lei, perfeita e acabada, passando a existir formalmente. Com a promulgação, atesta-se a sua existência e ordena-se a sua aplicação. Aí já existe a lei, mas não ainda como norma vigente, eis que não está apta a produzir efeitos jurídicos, não possuindo autoridade impositiva.

⁷⁴² OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 426-427.

⁷⁴³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 219.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, 208.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 210.

Com a sua publicação, realizada por meio do Diário Oficial, a lei torna-se conhecida, permitindo a todos sua leitura, estudo e compreensão. A publicação é, pois, condição de eficácia da lei. Publicada, a lei pode, então, finalmente entrar em vigor.

No silêncio da lei publicada, ela entrará em vigor quarenta e cinco dias após a sua publicação, nos termos do art. 1º, *caput*, da LINDB. Do contrário, a fixação do início da sua vigência, dependerá do que ela própria estatuir. Nesses casos, a lei entrará em vigor na data de sua publicação, se assim dispuser⁷⁴⁶, ou a partir do término da *vacatio* que ela mesma fixar.

Mutatis mutandis, exercido o direito de ação, é deflagrado o processo judicial. Observadas as regras estatuídas pela legislação processual civil, ao final do procedimento será proferida a sentença, que existirá como tal a partir do momento em que for firmada por membro do Poder Judiciário, lançada aos autos e certificada sua publicação em cartório. Aí já existe sentença, como ato jurídico processual perfeito e acabado, mas não como norma vigente, já que ainda não está apta a produzir efeitos jurídicos processuais.

Com a sua publicação, realizada por meio do Diário Oficial, a sentença torna-se conhecida, permitindo a todos sua leitura, estudo e compreensão. A publicação é, pois, um dos pressupostos da eficácia (instrumental) da sentença.

Conduzida a causa até os tribunais superiores, pelas vias recursais apropriadas, o processo pode objetivar-se, o que quer dizer que a solução jurídica da controvérsia instaurada no bojo dos recursos extraordinário, especial, especial eleitoral e de revista trabalhista, não é assunto que toca apenas aos litigantes, recorrente e recorrido, mas que, também e sobretudo, interessa a toda a sociedade.

Destarte, o interesse no deslinde da causa transcende o interesse individual das partes.⁷⁴⁷ A todos interessa que os órgãos de cúpula do Poder Judiciário editem um precedente que fixe a interpretação correta da lei em face de um caso concreto, isto é, que defina, em termos universais, a solução a ser dada a uma controvérsia bem delimitada fática e juridicamente. A fim de que se aumente o grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito e, assim, se promovam e se incrementem, no plano concreto, a segurança jurídica e a igualdade que o Estado de Direito vindica, isso deve ser feito por meio da proclamação solene de uma tese jurídica – de uma *ratio decidendi* enunciada de forma clara e objetiva.

⁷⁴⁶ Segundo o art. 8º da Lei Complementar 95/1998, a cláusula “entra em vigor na data da sua publicação” deve ser reservada para as leis de pequena repercussão.

⁷⁴⁷ O art. 896-A, §1º, da CLT, exemplificativamente, arrola indicadores de transcendência econômica, política, social e jurídica, como pressuposto de admissão do recurso de revista dirigido ao TST.

Por isso, o art. 1.040, *caput*, do CPC/2015, expressamente condiciona a produção de efeitos do acórdão paradigma à sua publicação.⁷⁴⁸ Em outras palavras, o início da eficácia da decisão judicial, como precedente que é, pressupõe a sua publicação no Diário Oficial.

A partir da publicação oficial, a eficácia de precedente do acórdão paradigma autoriza a adoção das providências às quais se refere o art. 1.040, *caput*, I a IV, do CPC/2015, pelos órgãos judiciais competentes, assim como os arts. 19, *caput*, VI, *a*, e §9º e 19-A, B e D, e 19-B, da Lei 10.522/2002 autorizam as autoridades administrativas federais, inclusive as fiscais e previdenciárias, a adotá-las.

Dessa forma, não é correto o entendimento doutrinário que condiciona o início da eficácia do precedente ao seu trânsito em julgado.⁷⁴⁹ A *res iudicata*, aliás, é evento certo, porém indeterminado, que está condicionado à intimação das partes do recurso excepcional julgado, por publicação ou carga dos autos, e do Ministério Público, quando atuar como *custos legis*, e à interposição, ou não, de recursos voluntários.

Além disso, tanto do ponto de vista subjetivo quanto objetivo, a formação da coisa julgada pode ocorrer gradualmente, em momentos distintos. Da perspectiva subjetiva, porque a intimação das partes pode não ocorrer na mesma data ou porque o prazo recursal pode ser diferente, como sucede com a Fazenda Pública e o Ministério Público. Da perspectiva objetiva, porque, a depender dos capítulos do acórdão impugnados por embargos de declaração, o trânsito em julgado do acórdão se dá por etapas, e não de uma só vez.

Não bastasse isso, via de regra, não há publicação da certidão de trânsito em julgado, que, geralmente, é lavrada em data posterior à sua ocorrência. Assim, a verificação do momento

⁷⁴⁸ No mesmo sentido, preconiza o art. 896-C, § 11, acrescido pela Lei 13.015/2014, antes, portanto, da edição do CPC/2015.

⁷⁴⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009, p. 233; ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 483. Também nesse sentido, é a posição de Teresa Arruda Alvim, que defende que “o precedente que encampa nova alteração só gera a necessidade de adequação, não imediatamente depois de publicada a decisão, mas depois do trânsito em julgado, que pressupõe que os embargos tenham sido decididos. Assim, o art. 1.040, quando diz, no *caput*, ‘publicado o acórdão paradigma, no contexto dos recursos repetitivos especiais ou extraordinário, deve ser compreendido, quando há alteração, no sentido de ‘transitada em julgado a decisão. Não basta que seja proferido o acórdão: provavelmente o legislador imaginou que dele já constaria a manifestação sobre a modulação, quando optou por esta forma de redação, ou, ainda pode não ter imaginado que se pudesse tratar de caso de mudança de rumo”. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 155. Em sentido contrário, com inteira razão, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *in verbis*: “O que determina a capacidade de orientação do precedente é a publicação da decisão a partir do qual pode ser retirado. A partir daí a decisão é eficaz, isto é, mostra-se capaz de produzir efeitos. Submeter a eficácia do precedente à formação da coisa julgada é confundir um instituto que pertence ao discurso voltado à tutela dos direitos em uma dimensão geral (o precedente) com um instituto que concerne ao discurso voltado à tutela do direito em uma dimensão particular (a coisa julgada), além de confundir a eficácia da decisão aí incluída aquela que é oriunda da simples publicação das suas razões, com a qualidade da coisa julgada”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 926 a 975. v. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 194.

da ocorrência da *res iudicata* ficaria restrita àquelas pessoas que tivessem efetivo acesso aos autos ou que, *sponte propria*, consultassem o informe do seu andamento processual. E mesmo que a certidão fosse publicada, a data da sua publicação dificilmente seria a mesma do trânsito em julgado.⁷⁵⁰

Enfim, tendo em vista o caráter eminentemente transcendental dos precedentes, o condicionamento da eficácia do precedente (para além do caso concreto que deu ensejo à sua formação) dificultaria sensivelmente o conhecimento amplo e efetivo da data exata em que o respectivo acórdão se tornou indiscutível e imutável.

Tudo isso seria fator de instabilidade e insegurança jurídica, a ferir de morte as finalidades precípua que subjazem tanto ao sistema de precedentes quanto ao instituto da coisa julgada. Destarte, a vigência do precedente, tal como a da lei, tem como marco inicial a sua publicação oficial, produzindo, a partir de então, eficácia *erga omnes*.⁷⁵¹

De outro lado, como é cediço, não se destinando à vigência temporária, a lei vigora até que outra lei a modifique ou a revogue (art. 2º, *caput*, da LINDB). O texto da lei não se altera em razão de seu desuso, da evolução social, econômica, política, tecnológica ou cultural e nem por força das mudanças dos costumes ou do entendimento dos tribunais.

Ademais, conforme dispõem, respectivamente, os §§1º a 3º do art. 2º da LINDB: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”; “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”; “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Com os devidos ajustes em sua leitura, essas regras de direito intertemporal também norteiam a sucessão de precedentes no tempo.

Analogicamente às leis, após a observância do rito previsto na lei processual, a tese jurídica solenemente proclamada no precedente deve ser expressamente revogada por outra tese firmada em outro precedente editado pelo mesmo tribunal superior que o editou, ou pelo STF.

A revogabilidade expressa representa um elemento importante para a adequada funcionalidade do sistema de precedentes, que, no CPC/2015, é extraída, sobretudo, do procedimento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. A toda evidência, ela

⁷⁵⁰ Desse modo, caso se quisesse que a produção de efeitos do acórdão fosse, de alguma forma, atrelada ao seu trânsito em julgado, seria mais sensato (por promover maior segurança jurídica, sob a perspectiva do conhecimento da norma) condicionar o termo *a quo* da eficácia temporal do precedente à publicação oficial da certidão de trânsito em julgado, e não da data do trânsito em julgado ou da data em que foi certificado o trânsito em julgado.

⁷⁵¹ Ressalvada a hipótese de haver *vacatio legis*, que será tratada abaixo.

incrementa a segurança jurídica – notadamente sob a perspectiva da cognoscibilidade da nova norma judicial –, não deixando dúvidas sobre a ocorrência da mudança jurídico-interpretativa e, portanto, da superveniência de inovação normativa, isto é, da criação de Direito novo.

Acresça-se a isso que, sendo as decisões dos juízes – não eleitos democraticamente – legitimadas pela sua fundamentação, a deliberação acerca da revogação ou não do precedente deve observar as regras do art. 927, §§2º e 4º, do CPC/2015, que, como visto, recrudescem o ônus argumentativo e permitem a prévia participação popular no debate acerca da “conveniência” de se alterar a tese.

Com efeito, a revogação tácita – principalmente a parcial – da norma contida no precedente é absolutamente indesejável, pois pode fragilizar a segurança jurídica, porquanto tem o condão de diminuir a cognoscibilidade do Direito, acarretando, inclusive, dúvidas sobre a aplicabilidade da tese tacitamente aprovada.

Por isso, do ponto de vista teórico defendido neste trabalho, não tem cabimento se falar em desgaste gradual dos precedentes dos tribunais superiores como argumento hábil para justificar a não aplicação de sua *ratio decidendi*.

No entanto, na linha da regra vazada no art. 2º, §2º, da LINDB, o âmbito normativo da tese jurídica pode ser ampliado, abrangendo situações fáticas inicialmente não contidas no precedente, ou reduzido, retirando da esfera de incidência da tese determinadas situações, o que deve ocorrer mediante o emprego da técnica da distinção, positivada pelo CPC/2015, pelo CPP e pela CLT.⁷⁵²

Finalmente, assim como sucede com as leis (art. 2º, §3º, da LINDB), o precedente expressamente revogado não recobra automaticamente sua vigência em razão da revogação do precedente revogador. Não há repristinação da norma contida no precedente. O terceiro precedente cria direito novo, que não pode fulminar os direitos adquiridos sob a vigência do segundo.

Por sua vez, o art. 3º da LINDB prescreve que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. À luz do constitucionalismo contemporâneo, deve-se ler o dispositivo da seguinte forma: ‘ninguém se escusa de cumprir o Direito, alegando que não o conhece’.⁷⁵³

⁷⁵² v.g. CPC/2015 – arts. 489, §1º, VI, 966, §5º, 1.037, §§9º a 12 do CPC/2015; CPP – art. 315, §1º, VI (acrescido pela Lei 13.964/2019); CLT – art. 896-C, §16 (acrescido pela Lei 13.015/2014).

⁷⁵³ A partir de abordagem parcialmente diversa, fundada na proteção da confiança, Daniel Mitidero chega à mesma conclusão, ora defendida, ao afirmar que “a recusa de autoridade à interpretação judicial empreendida por essas cortes significa recusa de vinculação à própria ordem jurídica”⁷⁵³ e reiterar, logo em seguida, que “a recusa de aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito”. MITIDIERO, Daniel. *Cortes*

Destarte, como fontes do Direito que são, a ninguém é dado descumprir as normas emanadas dos precedentes sob o argumento de não os conhecer. É dizer: a vinculatividade dos precedentes é objetiva, independe, pois, do seu efetivo conhecimento pelos destinatários das normas judiciais albergadas no precedente.⁷⁵⁴

Finalmente, o art. 6º da LINDB determina que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral”, devendo respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Na esfera do direito intertemporal, em razão do escopo deste trabalho, esse dispositivo é o que apresenta maior relevância. Mesmo porque é o que apresenta a distinção mais relevante entre a “sucessão de precedentes no tempo” e a “sucessão de leis no tempo”, sendo, ainda, determinante sua recompreensão à luz do sistema de precedentes vinculantes e da própria LINDB – em virtude das novas regras que lhe foram introduzidas pela Lei 13.655/2018.

Discorreu-se, no capítulo anterior, sobre a sucessão de leis no tempo, sobre as teorias que a fundamentam e sobre algumas dificuldades em sua aplicação, notadamente no âmbito das relações de trato sucessivo ou nos casos dos direitos de formação complexa.

Em matéria cível, a lei, excepcionalmente e por disposição expressa nela própria contida, pode até retroagir. O limite dessa retroatividade é o direito adquirido. Mas a regra é que a lei, geral e abstrata, seja editada para disciplinar relações futuras, referentes a fatos que venham a ocorrer após o início de sua vigência. Isso porque, como já pontuado, é da essência das leis que elas tenham vigência imediata⁷⁵⁵, não tendo o condão de colher fatos pretéritos. A irretroatividade da lei é princípio geral dos ordenamentos jurídicos de *common law* e *civil law*; é direito natural, que tem em sua raiz a própria razão humana.

Não obstante, a questão atinente à eficácia temporal das decisões judiciais (incluídos os precedentes) é um pouco mais complexa.

É certo que o sistema jurídico brasileiro tem como ponto de partida a Constituição e as leis, atos normativos primários por excelência. Assim, as decisões judiciais em geral têm como ponto de partida a Constituição e as demais leis.

As leis, normas abstratas e gerais, se encontram com os fatos da vida cotidiana, concretos e individuais, adentrando no ordenamento jurídico sob as vestes de fato jurídico *lato sensu*⁷⁵⁶, apto a produzir efeitos no mundo jurídico.

Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103.

⁷⁵⁴ Daí sobressai também a importância do procedimento para a proclamação de teses claras e objetivas, e amplamente divulgadas, para o precedente se fazer valer coercitivamente, conforme já explicado.

⁷⁵⁵ Observado, quando for o caso, o prazo de sua *vacatio*.

⁷⁵⁶ Ressalvadas, é claro, as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade em abstrato.

É nessa ótica que, salvo disposição legal em sentido contrário, as decisões judiciais sempre retroagem, produzindo efeitos *ex tunc*, visto que o juiz decide hoje sobre fatos ocorridos no passado. É nessa acepção que, como frisado, Carnelutti dizia que “a irretroatividade das leis corresponde a retroatividade da sentença”.

À medida que o tempo passa e os litígios se renovam lá e cá, as causas gradualmente aportam nos tribunais de segundo grau, que vão, assim, formando sua jurisprudência. É nesse prisma que os acórdãos dos tribunais ordinários decidem hoje sobre fatos ocorridos no passado, produzindo efeitos *ex tunc*. É nessa acepção que se pode dizer que “a irretroatividade das leis corresponde à retroatividade da jurisprudência”.

Contudo, a divergência jurisprudencial entre os tribunais é comum, pois a lei, analisada em tese ou em cotejo com a realidade, pode ser interpretada de formas diversas, dando ensejo a soluções diferentes para causas (substancialmente) iguais. A divergência jurisprudencial é fator de insegurança jurídica e desigualdade.

Como se viu em tópico anterior, os tribunais superiores são órgãos que exercem, precipuamente, atividade jurisdicional como instâncias extraordinárias do Poder Judiciário, competindo-lhes justamente eliminar a insegurança e a desigualdade. Os recursos excepcionais são precipuamente destinados a viabilizar a uniformização da jurisprudência, restaurando a unidade do Direito e assegurando a igualdade em sua aplicação.

Por isso, uma vez que o Estado de Direito tem como ponto de partida a lei, a tese jurídica fixada pelo primeiro precedente uniformizador há de retroagir até a data de início de vigência da lei interpretada para solucionar todas as controvérsias instauradas a respeito do texto legal, aplicando-se, naturalmente, ao litígio versado no caso concreto. Sob essa perspectiva, o precedente goza de eficácia *ex tunc*.

Nessa acepção, é lícito afirmar que “a irretroatividade das leis corresponde a retroatividade do precedente”.

No entanto, o primeiro precedente uniformizador é também dotado de eficácia vinculante *ex nunc*, uma vez que, a partir de sua edição, servirá de paradigma de observância obrigatória para a sociedade, cujos membros deverão fiar suas condutas em conformidade com o entendimento (*ratio decidendi*) nele externalizado, com o Direito vigente.

Destarte, a norma do primeiro precedente, aquela que inaugura uma determinada linha interpretativa acerca do texto de uma regra legal (ou conjunto regras, às vezes contidas em diferentes leis), a um só tempo, goza de eficácia vinculante *ex tunc* e *ex nunc*.

Portanto, no que tange ao precedente inaugural, é contrário à própria lógica do Direito (mais especificamente, à natureza da atividade jurisdicional exercida pelos órgãos das

instâncias ordinárias), pretender atribuir-lhe eficácia apenas *ex nunc* ou efeito imediato, pois isso equivaleria ao absurdo de negar vigência à lei interpretada entre a sua edição e o advento do precedente. Não há sentido em aventar a modulação da eficácia de *leading cases*.

Situação absolutamente diversa se dá nos casos de mudanças da norma contida no precedente, isto é, na revogação de um precedente por outro (*overruling*). Pois o segundo precedente (o precedente revogador) promove a mudança de sentido do mesmo texto legal, o qual permanece inalterado. Em tais casos, ao se pretender atribuir eficácia *ex nunc* ao segundo precedente não se está a negar vigência à lei reinterpretada.

Nessas hipóteses, a segurança jurídica há de prevalecer sobre a justiça. Prevalecer no sentido de que, por mais que a *ratio decidendi* do novo precedente represente uma melhor solução para determinados tipos de litígios – fruto de uma interpretação mais justa e correta do texto da lei do que a manifestada pelo precedente revogado –, o entendimento contido na tese superada era legítimo e válido, encerrando uma das alternativas interpretativas possíveis, ainda que não a melhor.

Por isso, a norma do precedente superador não apaga os efeitos da norma do precedente superado. A norma jurídica contida no precedente superado não é anulada, mas sim revogada; e, como tal, consubstancia o Direito vigente desde a edição da lei interpretada até sua revogação.

Direito vigente que, como paradigma decisório, norteou, como uma bússola, a conduta de cidadãos e da própria Administração Pública, que não podem ser, assim, prejudicados ou sancionados com a aplicação retroativa da nova norma pretoriana.⁷⁵⁷ Adotada essa perspectiva jusfilosófica, consentânea com o enquadramento dos precedentes como fonte do Direito, não é mais possível afirmar que “a irretroatividade das leis corresponde à irretroatividade da sentença”, pois a lei não se alterou, seu texto permaneceu o mesmo. A norma dela extraída é que mudou, inovando na ordem jurídica.

No caso de revogação de precedentes, é, pois, correto afirmar que “a irretroatividade da nova norma judicial corresponde à irretroatividade do precedente revogador”.

Destarte, a conclusão inarredável a que se chega é que a eficácia da nova norma jurídica contida no precedente revogador é *ex nunc*. Colocadas as coisas dessa forma, o art. 6º, *caput*, da LINDB deve ser lido da seguinte maneira: “a norma jurídica, decorrente da mudança de precedente, tem efeito geral e imediato, assim como uma nova lei”.

⁷⁵⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 63.

3.8 O *PROSPECTIVE OVERRULING* NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. CASUÍSTICA FIRMADA APÓS A EDIÇÃO DO CPC/2015. ATUAL ESTADO DA ARTE

Exposto o cerne da presente tese, importa aqui traçar um panorama geral da jurisprudência que vem se estabelecendo nos tribunais superiores ao redor da aplicação da técnica modulatória contida no art. 927, §3º, do CPC/2015.

O primeiro aspecto que merece registro é que a discussão em torno da aplicação da aludida técnica tem sido, com razoável frequência, levantada e debatida pelos tribunais superiores, especialmente pelo STF⁷⁵⁸ e pelo STJ⁷⁵⁹, com profundidade⁷⁶⁰ ou mais superficialmente, de ofício ou por provocação das partes, por vezes como capítulo acessório do acórdão que implementou uma revogação de precedente, por outras como objeto principal do julgamento, o que comumente se dá em sede de embargos de declaração.^{761 762}

Na maioria dos casos, ao contrário do que ora se sustenta, o STF e o STJ têm entendido que a modulação dos efeitos temporais dos precedentes promotores de *overrulings* é medida excepcional⁷⁶³ e não obrigatória⁷⁶⁴, sendo a retroatividade da nova tese jurídica – substitutiva da antiga – a regra geral.

⁷⁵⁸ STF, Tribunal Pleno, RE 870.947 ED, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Alexandre De Moraes, j. 03.10.2019, DJe 31.01.2020; STF, Tribunal Pleno, RE 579.431 ED, rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.06.2018, DJe 21.06.2018; STF, Tribunal Pleno, RE 612.043 ED, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.06.2018, DJe 03.08.2018; STF, Segunda Turma, ARE 652469 AgR, rel. Min. Celso de Mello, j. 26.09.2017, DJe 08-02-2018; STF, Tribunal Pleno, RE 718.874 ED, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23.05.2018, DJe. 11-09-2018.

⁷⁵⁹ STJ, Corte Especial, EDcl nos EREsp 1.169.126/RS, rel. Min. Og Fernandes, j. 18.11.2020, DJe 26.11.2020; STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 1.705.231/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.11.2020, DJe 17.11.2020; STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 1.727.943/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.11.2020, DJe 16.11.2020; STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 1.434.473/RS, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 19.10.2020, DJe 22.10.2020; STJ, Primeira Seção, EDcl no REsp 1.814.919/DF, rel. Min. Og Fernandes, j. 14.10.2020, DJe 28.10.2020; STJ, Primeira Seção, EDcl no REsp 1.836.091/PI, rel. Min. Og Fernandes, j. 14.10.2020, DJe 28.10.2020; STJ, Segunda Seção, REsp 1.312.736/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 08.08.2018, DJe 16.08.2018.

⁷⁶⁰ STJ, Terceira Turma, EDcl no REsp 1630659/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.11.2018, DJe 06.12.2018. Este acórdão do STJ é um dos que, até o momento, trataram mais detidamente de diversas questões que permeiam a aplicação da técnica estatuída no art. 927, §3º, do CPC/2015.

⁷⁶¹ STF, Tribunal Pleno, RE 594.435 ED, rel. Min. Marco Aurélio rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 21.08.2019, DJe 20.09.2019; STJ, Terceira Turma, EDcl no REsp 1.630.659/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.11.2018, DJe 06.12.2018.

⁷⁶² No TSE, em poucos casos a questão modulatória foi apreciada. Cf. Recurso Especial Eleitoral nº 13.646, rel. Min. Henrique Neves Da Silva, DJe 06.10.2016.

⁷⁶³ STJ, Terceira Turma, EDcl no REsp 1.630.659/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.11.2018, DJe 06.12.2018. STF, RE 643.247 ED, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.06.2019, DJe 27.06.2019.

⁷⁶⁴ STJ: “Quanto ao argumento de que violaria a segurança jurídica "o entendimento de aplicar retroativamente a Súmula 410 (baseado no EREsp 1.360.577/MG)" (fl. 476, e-STJ), não há como acolhê-lo, pois a Corte Especial, quando adotou sua posição sobre a matéria, não modulou os efeitos da decisão. O que o art. 927, § 3º, do CPC/2015 estabelece é uma possibilidade”. STJ, Corte Especial, AgInt nos EDcl nos EAREsp 62.961/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 25.08.2020, DJe 10.09.2020. STF, Tribunal Pleno, RE 593849 ED, rel. Min. Edson Fachin, j. 08.11.2017, DJe 20.11.2017.

Outro ponto de destaque é que, a despeito de o CPC/2015 ter alçado os precedentes vinculantes dos tribunais superiores ao posto de fonte primária do Direito, conforme tem proclamado a doutrina pátria que vem se consolidando após o advento do *Codex*⁷⁶⁵, colhem-se, na recente jurisprudência do STF e do STJ, acórdãos nos quais se observa que essa relevante mudança de paradigma ainda não foi bem assimilada por esses tribunais superiores, produzindo consequências normativas equivocadas da perspectiva do direito intertemporal.

Ilustrativamente, em matéria processual penal, no final de 2016, o STF, em sede de controle concentrado, ao deliberar sobre a compatibilidade do início da execução penal após condenação em segundo grau com o princípio da presunção de inocência, decidiu que:

[...] IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. [...]

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.⁷⁶⁶

Igualmente, na seara penal, o STF tem afastado a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 5º, LX, da Constituição) aos seus precedentes, sob o argumento de que “os preceitos constitucionais relativos à aplicação retroativa da norma penal benéfica, bem como à irretroatividade da norma mais grave ao acusado, *ex vi* do artigo 5º, XL,

⁷⁶⁵ “Diante, principalmente, do prestígio que o direito moderno vem dispensando à força normativa das decisões judiciais [...] impossível é recusar à jurisprudência a qualidade de fonte do direito [...]. O Novo Código de Processo Civil [...] encaminha-se para uma maior aproximação com a common law, estendendo o dever de submissão ao precedente, principalmente àquele dos tribunais superiores, como regra geral, sem limitar-se às súmulas qualificadas como vinculantes [...]. Sem dúvida, o vigente sistema processual brasileiro elevou a jurisprudência à categoria de fonte do Direito”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 31-32 e 37; “O ordenamento jurídico brasileiro sempre foi tratado como um típico ordenamento jurídico de civil law, em que a jurisprudência não constitui fonte do direito, mas essa é uma afirmação que, dada a evolução experimentada nas últimas décadas, foi gradualmente se tornando insustentável [...]. Essa evolução normativa, aliada à relevância espontaneamente conferida à jurisprudência na prática judiciária da atualidade, preparou o terreno para a imposição, agora presente no novo Código de Processo Civil, da obrigatória observância de determinados precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais pelos juízes de todos os níveis – o que, em consequência, os qualifica como verdadeiras fontes do direito [...] a jurisprudência deixou portanto de exercer mera influência no espírito dos aplicadores da lei e passou a integrar o conjunto normativo a ser considerado nos julgamentos”. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Teoria geral do novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 42-43.

⁷⁶⁶ STF, Tribunal Pleno, ADC 43 MC, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, 05.10.2016, DJe 06.03.2018. Teresa Arruda Alvim apontou para o equívoco desse entendimento, por se tratar a decisão de STF de norma de cunho processual-substancial prejudicial aos réus. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 172.

da Constituição Federal, são inaplicáveis aos precedentes jurisprudenciais”⁷⁶⁷, tendo o STJ seguido a mesma compreensão.⁷⁶⁸

O STJ, inclusive, a partir de um *overruling* que promoveu, tipificou um comportamento que até então era tido como atípico – a conduta do comerciante consistente em destacar o valor do ICMS da nota fiscal, sem efetuar o pagamento do tributo, que não era considerada ilícito penal⁷⁶⁹, mas apenas administrativo, subitamente, passou a ser considerada crime contra a ordem tributária –, tendo determinando a aplicação retroativa do novo entendimento a processos pendentes referentes a fatos anteriores à mudança de orientação, argumentando, equivocadamente, não ter havido mudança normativa, quando, em verdade, houve evidente alteração no Direito, que promoveu relevante inovação em matéria de *ius puniendi*. Nesse sentido, confira-se a ementa do seguinte acórdão:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. RETROATIVIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. FATO INCONTROVERSO. REVALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA FEDERAL. SÚMULAS 7/STJ E 282/STF. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do HC 399.109/SC, ocorrido em 22/8/2018, a Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que configura o delito do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 o fato de o comerciante vender mercadorias com o ICMS embutido no preço e não realizar o pagamento do tributo.

2. A alteração de entendimento jurisprudencial no âmbito desta Corte Superior aplica-se de imediato aos processos pendentes de julgamento, não se aplicando a proibição de irretroatividade por não se tratar de mudança normativa (AgInt nos EDcl no AREsp 910.775/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018).

3. Em se tratando de fato incontroverso, que implica apenas a sua subsunção ou não à norma penal, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ, a obstar o conhecimento do especial, tampouco em ausência de prequestionamento quanto à tese jurídica.⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ STF, Primeira Turma, HC 161452 AgR, rel. Min. LUIZ FUX, j. 06.03.2020, DJe 01.04.2020. No voto condutor do acórdão, o relator, ministro Luiz Fux, afirma que “[...] quando se cogita da aplicação retroativa de lei penal em favor do réu, se tem por pressuposto lógico-normativo a lei concebida em seu sentido formal. Desse modo, não há falar em retroatividade de atos interpretativos emanados pelo Poder Judiciário, porquanto esses não se confundem com atos normativos sujeitos ao Princípio da Legalidade”. No mesmo sentido, cf. STF, Primeira Turma, HC 188.668 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, j. 15.09.2020, DJe 21.09.2020.

⁷⁶⁸ STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 1.348.814/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 13.12.2018, DJe 04.02.2019; STJ, Quarta Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 1.316.819/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16.06.2020, DJe 25.06.2020; STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 1851174/BA, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 25.08.2020, DJe 02.09.2020.

⁷⁶⁹ STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 957.896/GO, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 15.03.2018, DJe 05.04.2018; STJ, Quinta Turma, AgRg no AREsp 1.138.189/GO, rel. Min. Jorge Mussi, j. 12.12.2017, DJe 19.12.2017; STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 1.632.556/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07.03.2017, DJe 17.03.2017; STJ, Sexta Turma, REsp 1.543.485/GO, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05.04.2016, DJe 15.04.2016.

⁷⁷⁰ STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 1.079.770/GO, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 13.11.2018, DJe 30.11.2018. Esse entendimento tem se mostrado incoerente com diversos acórdãos do STJ, proferidos em sede de revisão criminal, em que, corretamente, se admitiu a retroação do novo entendimento mais benéfico à condenações definitivas. Cf. “Cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial

Também na esfera cível⁷⁷¹ e processual civil⁷⁷², o STJ tem proferido julgados negando incidência do princípio da irretroatividade às suas guinadas jurisprudenciais, pautando-se, igualmente, no argumento de que a modificação de seus entendimentos não implica alteração normativa.

Um terceiro aspecto relevante, que se põe em conformidade com as ideias ora defendidas, refere-se à impossibilidade de outorga de efeitos retroativos ao precedente uniformizador de jurisprudência divergente do tribunal superior ou daquela verificada no âmbito dos tribunais de segundo grau, em controvérsias envolvendo direito material.

Nesse sentido, vale colacionar o aresto proferido pela Segunda Turma do STJ, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. PEDIDO DE REMOÇÃO PARA ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE. ART. 36, III, "A", DA LEI Nº 8.112/90. CONCURSO INTERNO DE REMOÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. MATÉRIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. ERESP Nº 1.247.360/RJ. MODULAÇÃO DE EFEITOS DO JULGADO. MANUTENÇÃO DA RECORRENTE NA CIDADE DE CAMPINA GRANDE/PB. INVIABILIDADE. ART. 927, § 3º, DO CPC/2015. MATÉRIA CONTROVERTIDA QUANDO DO LANÇAMENTO DO EDITAL DO CONCURSO INTERNO DE REMOÇÃO. AUSÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior, ao julgar o ERESP nº 1.247.360/RJ, firmou o entendimento de que não há interesse da Administração quando a remoção do cônjuge do servidor ocorre a pedido, por meio de concurso interno de remoção,

corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante”. STJ, Terceira Seção, RvCr 3.900/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13.12.2017, DJe 15.12.2017. Não bastasse isso, há acórdãos do STJ em sentido contrário, rechaçando a aplicação retroativa de novo entendimento menos gravoso, por meio de revisão criminal. Cf. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a mudança de entendimento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal visando a sua aplicação retroativa, o que afasta as alegações de constrangimento ilegal e teratologia trazidos pelo agravante”. STJ, Sexta Turma, AgRg no HC 445.141/RJ, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 18.09.2018, DJe 01.10.2018. No mesmo sentido, cf.: STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 1.837.493/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 23.06.2020, DJe 04.08.2020; STJ, Sexta Turma, AgRg no HC 550.031/DF, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10.03.2020, DJe 16.03.2020; STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1.816.088/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06.08.2019, DJe 22.08.2019

⁷⁷¹ STJ, Quarta Turma, AgInt nos EDcl no AREsp 910.775/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 20.03.2018, DJe 27.03.2018; STJ, Quarta Turma, AgInt no AgInt no AREsp 944.954/GO, rel. Min. Marco Buzzi, j. 14.11.2017, DJe 22.11.2017; STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 870.997/AL, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.08.2017, DJe 06.09.2017; STJ, Terceira Turma, AgInt no REsp 1.594.441/RJ, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 20.10.2016, DJe 07.11.2016.

⁷⁷² “Havendo alteração de entendimento jurisprudencial, o novo posicionamento aplica-se aos recursos pendentes de análise, ainda que interpostos antes do julgamento que modificou a jurisprudência”. STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 775.826/MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 16.08.2016, DJe 22.08.2016; “A modificação da jurisprudência desta Corte, por não se tratar de alteração normativa, aplica-se imediatamente aos recursos pendentes de julgamento, circunstância que não contraria a segurança jurídica”. STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1.295.269/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 09.10.2018, DJe 22.10.2018.

mas somente quando o cônjuge é transferido de ofício pela Administração, ou seja, na hipótese prevista no art. 36, I, da Lei nº 8.112/90.

2. Inviável a modulação dos efeitos prevista no art. 927, § 3º, do CPC/2015 para manter a lotação da recorrente na cidade de Campina Grande/PB, uma vez que a matéria era controvertida nos Tribunais quando o cônjuge da recorrente participou do concurso interno de remoção promovido no ano de 2014 pela Seção Judiciária da Paraíba (Edital de Remoção Interna nº 07/2014-SJ/PB), inexistindo alteração da jurisprudência dominante sobre a questão.

3. Recurso especial não provido.⁷⁷³

Em semelhantes hipóteses, de fato, não se mostra adequado recorrer-se à modulação, sob pena de implicar negativa de eficácia à própria lei, desde o início formal de sua vigência até o momento da uniformização de sua interpretação; a primeira norma pretoriana, consubstanciada pela sua *ratio decidendi*, deve, pois, ser indistintamente aplicada aos fatos anteriores e posteriores à edição do precedente uniformizador.

Outrossim, aspecto digno de nota diz respeito ao caso em que o STF modulou os efeitos temporais de *overruling* empreendido pelo STJ.

É o que sucedeu, *v.g.*, por ocasião do julgamento do ARE 951.533 AgR-segundo⁷⁷⁴, em que a Segunda Turma do STF, fazendo alusão à necessidade de se estipular uma “regra de adaptação”, atribuiu efeito prospectivo a um novo entendimento do STJ referente à contagem de prazo prescricional em matéria tributária, ressaltando a “impossibilidade de aplicação retroativa de nova regra de contagem de prazo prescricional às pretensões já ajuizadas e em curso, por força do primado da segurança jurídica”.

Há também precedente do STF, em que o Plenário da corte modulou os efeitos de seu acórdão que fixou entendimento em sentido contrário àquele consolidado em jurisprudência, há muito, pacífica no TST. Cuida-se do RE 594435 ED⁷⁷⁵, em que o STF decidiu que:

[...] tendo em vista a duradoura jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em sentido oposto ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal neste precedente, surge, inevitavelmente, o interesse em resguardar os atos praticados ao longo de vários anos, enquanto perdurou a indefinição acerca do Juízo competente para dirimir a controvérsia.

Nesse último exemplo, mesmo não se tratando de um típico caso de *overruling*, a modulação dos efeitos da *first impression decision* do STF é plenamente compatível com o art.

⁷⁷³ STJ, Segunda Turma, REsp 1787795/PB, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.02.2019, DJe 26.02.2019. No EREsp 1.247.360/RJ (Primeira Seção, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 22.11.2017, DJe 29.11.2017), o STJ uniformizou internamente a jurisprudência da Corte ao prover os embargos de divergência.

⁷⁷⁴ STF, Segunda Turma, ARE 951.533 AgR-segundo, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 12.06.2018, DJe 31-10-2018.

⁷⁷⁵ RE 594435 ED, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Alexandre De Moraes, j. 21.08.2019, DJe 20-09-2019.

927, §3º, do CPC/2015 – malgrado essa hipótese não esteja literalmente prevista no texto legal –, pois, na prática, concretiza os ideais de segurança jurídica que esse dispositivo expressamente intenta concretizar.

Finalmente, é mister mencionar o acórdão exarado pelo Plenário do STF, no RE 651.703 ED⁷⁷⁶, no início de 2019, em que a corte se valeu da técnica da sinalização, indicando a possibilidade de vir a modificar um entendimento concernente à incidência de ISSQN sobre os serviços prestados por operadoras de planos de saúde. A ementa foi lançada nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ISSQN. ART. 156, III, CRFB/88. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DECLARADA PELO ACÓRDÃO EMBARGADO, EM PROCESSO SUBMETIDO AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. *MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA. CONCLUSÃO QUE NÃO AFASTA POSSÍVEL MUDANÇA FUTURA DE ENTENDIMENTO.* EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. A incidência do ISSQN sobre as atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde, cuja constitucionalidade foi afirmada pela Corte, de acordo com o previsto pelos itens 4.22 e 4.23 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, em sede de repercussão geral, e com base nas premissas assentadas por esta Corte no julgamento dos RE's 547.245 e 592.905 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgados em 02/12/09, DJ de 05/03/10), não acarretou alteração de entendimento apta a ensejar modulação de efeitos da decisão.
2. Deveras, a referida conclusão não afasta a possibilidade de nova apreciação do tema pela Corte em casos futuros, em razão de ulterior alteração legislativa, notadamente no que concerne ao RE 116.121 (Tribunal Pleno, Rel. Min. Octávio Gallotti, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 25/05/01).
3. In casu, a embargante pleiteia a modulação de efeitos do acórdão por razões de segurança jurídica, dada suposta mudança de posição pelo Plenário do STF, cuja ocorrência ora não se reconhece.
4. Embargos de declaração desprovidos.

Contudo, nesse caso, que formalmente pode ser considerado o *leading case* sobre a técnica da sinalização, o Plenário do STF não se debruçou sobre a questão, tendo apenas acompanhado o voto do relator, Ministro Luiz Fux.⁷⁷⁷ Não houve efetivo debate em torno da

⁷⁷⁶ STF, Tribunal Pleno, RE 651.703 ED, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.02.2019, DJe 06-05-2019.

⁷⁷⁷ Quanto ao ponto em análise, em seu voto, o eminente relator asseverou o seguinte: “então, a presunção de constitucionalidade da incidência sempre foi seguida pelo STJ, sendo posteriormente ratificada pelo STF no julgamento de mérito do RE 651.703. Não é possível identificar, assim, uma alteração de entendimento que se assemelhe à instituição ou majoração de tributo, pois a exigência sempre foi feita pelas Fazendas Municipais, com amparo na lei complementar, e presunção de constitucionalidade. Dessa forma, não há confiança legítima por parte do contribuinte a ser tutelada pelo Judiciário [...] JULGAMENTO ALERTA: Ressalvada a minha opinião pessoal já externada, e considerando que a jurisdição é um importante fator de estabilização do direito, penso ser de suma relevância frisar que, embora o debate supramencionado não tenha ocorrido na sessão de julgamento de 29/09/16, a ele esta Corte não poderá se furtar muito em breve. O crescente avanço tecnológico tem colocado os Estados diante de diversas questões tributárias que se originam a partir da desmaterialização dos fluxos de renda, da

compatibilidade da técnica com o sistema de precedentes, sob a perspectiva da promoção da segurança jurídica, e nem acerca das vantagens, ou mesmo das consequências jurídicas, advindas do prenúncio de uma possível mudança de entendimento, que, até o momento, não se concretizou.

Com efeito, o decurso de quase dois anos, desde a predição da mudança de rumos vislumbrada no acórdão sinalizador, ainda não confirmada pelo STF, demonstra que a aplicação da técnica em comento não trouxe qualquer benefício do ponto de vista do incremento da funcionalidade do sistema precedentalista introduzido pelo CPC/2015⁷⁷⁸; ao contrário, é provável que a sinalização tenha causado apenas incertezas tanto por parte do fisco quanto dos contribuintes, em razão do déficit de cognoscibilidade, de confiabilidade e, sobretudo, de calculabilidade do Direito.

3.9 CONCLUSÃO

A segurança jurídica é pilar inquebrantável do Estado de Direito. Sem segurança, o Estado tende à desordem, à confusão, à injustiça e ao casuísmo; enfim, ao caos.

Se os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes do Estado Democrático de Direito, que a República Federativa do Brasil instituiu em 1988, todos eles devem prover segurança jurídica ao exercer suas funções constitucionais.

volatilidade do capital e da intangibilidade das operações negociais, que caracterizam o estágio atual da economia mundial. Nesse contexto, os movimentos de adaptação a essa nova ordem econômica devem partir não apenas do Legislativo, a fim de adequar as legislações aos novos institutos ou mesmo de enquadrá-los em categorias já existentes, mas, igualmente, devem advir do Judiciário, como intérprete do Direito, sobretudo, desta Suprema Corte, como intérprete máximo da Constituição, envidando todos os esforços para acompanhar a evolução em curso e trazer a norma à realidade. Se a atividade judicial é voltada para o passado, é certo, porém, que não pode ignorar o futuro. Daí a importância de estarmos atentos às mudanças e, mais do que isso, de estarmos preparados para elas. Em razão disso é que, valendo-se da técnica jurisdicional “preventiva” como forma de garantir a continuidade jurídica, deixo o alerta de que poderá ocorrer uma possível mudança no entendimento da Corte em relação ao assunto, pois não tardará para que este Tribunal se manifeste acerca das novas atividades tecnológicas que tem surgido, com o objetivo de descortinar-lhes a natureza jurídica para fins de incidência tributária [...] Dessa forma, suscito a avaliação da Corte quanto à necessidade de anunciar uma possível – e não provável – alteração de entendimento consolidado pela Súmula Vinculante nº 31 na análise de casos futuros, em atenção à tutela da confiança legítima do jurisdicionado. No mais, não havendo até o momento alteração de jurisprudência hábil a demonstrar a existência de razões de segurança jurídica para a modulação dos efeitos do acórdão embargado, NEGOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO”.

⁷⁷⁸ Exemplificativamente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo correto (eis que se trata da *norma jurídica* em vigor – do *Direito* vigente – até o momento, consubstanciado em precedente julgado sob o regime da repercussão geral, em 2016), vem aplicando o entendimento do STF no sentido da constitucionalidade da cobrança da exação sobre os serviços prestados por operadoras de planos de saúde descritos nos itens 4.22 e 4.23 do anexo da LC 116/2003, sem fazer qualquer consideração acerca da possibilidade da alteração do entendimento sinalizada pelo STF, o que evidencia, ao menos, a inutilidade da técnica da sinalização. Cf. TJSP, 15ª Câmara de Direito Público, Apelação/Remessa Necessária 1012544-25.2018.8.26.0114; rel. Raul De Felice; j. 17.09.2020; DJe 21.09.2020; TJSP, 15ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1000520-67.2019.8.26.0101; rel. Silva Russo, j. 22.09.2020; DJe 22.09.2020; TJSP, Câmara Especial de Presidentes, Agravo Interno Cível 1002649-22.2015.8.26.0445; rel. Magalhães Coelho (Pres. da Seção de Direito Público), j. 11.08.2020, DJe 11.08.2020.

O enfoque da segurança jurídica ora adotado jaz na sua promoção pelo Poder Judiciário nos casos de modificações de determinados entendimentos, veiculados por meio de precedentes exarados por STF, STJ, TST e TSE.

Paulatinamente, esses tribunais superiores foram colocados em lugar mais próximo ao reivindicado pela boa teoria geral do Direito, na medida em seus papéis foram consideravelmente deslocados do plano da mera declaração de direitos subjetivos preexistentes – concepção clássica da jurisdição, de viés declaratório – para o da efetiva participação no processo de criação do Direito, institucionalizada por meio dos precedentes.

O CPC/2015 deu um golpe decisivo nesse processo evolutivo, consolidando a quebra do paradigma relacionado às fontes formais do Direito. Esse golpe certo culminou no reconhecimento expresso de que determinadas decisões judiciais são fontes do Direito (encampando, assim, a teoria constitutiva da jurisdição) e, por conseguinte, na outorga de força vinculante aos precedentes dos tribunais superiores.

Além disso, a mudança de paradigma promovida pelo legislador processual representou importante passo na concretização, no plano infraconstitucional, do modelo constitucional de processo inaugurado em 1988, com notório fortalecimento de princípios e regras legais corolários do devido processo legal, como o contraditório e o dever de fundamentação adequada, que foram substancialmente repaginados, inclusive no que concerne à sua aplicação no âmbito do sistema de criação e modificação de precedentes, como deixa claro o art. 927, §1º, do CPC/2015.

A forte ascensão normativa dos precedentes é, sem dúvida, bastante positiva, pois recrudescer, sob diversos aspectos, a segurança jurídica sobre a qual se erige o Estado, incrementando, *v.g.*, a cognoscibilidade, a calculabilidade e a confiabilidade do Direito.

Tendencialmente, os precedentes dos tribunais superiores fornecem pautas de conduta mais seguras do que aquelas fornecidas pelas leis, pois, partindo da interpretação da legislação em cotejo com os fatos, os tribunais superiores concentram o significado do Direito regente de determinadas situações fático-jurídicas, eliminando outras pautas de conduta que, em tese e *prima facie*, o texto legal poderia sugerir como corretas.

O Direito contido nos precedentes tende a ser mais certo, mais preciso, mais específico do que o Direito contido nas leis, assegurando maior segurança jurídica no universo das mais variadas relações travadas no seio da sociedade.

De outro lado, como seria mesmo de se esperar, em virtude da guinada de rumo implementada pelo CPC/2015, estruturada por meio da instituição de um sistema de formação, de aplicação e alteração de precedentes formalmente vinculantes, inúmeras questões foram

levantadas pela doutrina em torno da interpretação, da funcionalidade e do alcance do novo modelo precedentalista, que vão desde a sua constitucionalidade até a extensão da eficácia vinculante das decisões judiciais para além do rol do art. 927.

Este trabalho procura abordar algumas dessas questões. O enfoque da pesquisa, como ficou claro, reside no estudo de aspectos relacionados à sucessão de precedentes no tempo, isto é, da eficácia temporal dos precedentes promotores de *overrulings*.

Como contrapartida da exponencial elevação da carga criativo-normativa atribuída aos precedentes, o CPC/2015 cuidou de disciplinar os efeitos temporais da revogação, da superação ou do abandono desses precedentes.

O novo *Codex* positivou técnicas autorizadoras da modulação temporal dos efeitos dos precedentes judiciais revogadores de anteriores precedentes, conhecidas no *common law* como *prospective overruling*, algumas das quais já haviam sido introduzidas na esfera do direito processual do trabalho, mais precisamente no âmbito dos recursos de revista repetitivos julgados pelo TST, pela Lei 13.015/2014.

No CPC/2015, os principais dispositivos relacionados à matéria são o art. 535, §§12 a 14⁷⁷⁹, voltado para a disciplina da modulação envolvendo o controle de constitucionalidade difuso, e o art. 927, §§2º a 4º, de espectro mais abrangente, cujo §3º representa a cláusula geral do sistema processual brasileiro em tema de *prospective overruling*.

Firmou-se, neste capítulo, posição em torno de diversas questões polêmicas envolvendo a aplicação do art. 927, §3º, como as relacionadas à competência, ao momento da modulação, ao objeto e aos meios de modulação.

Outrossim, tratou-se de analisar a compatibilidade de outras técnicas intermediárias, geralmente aceitas pela doutrina e presentes no direito comparado, como a revogação antecipada (*antecipatory overruling*), a sinalização (*signaling*) e o julgamento-alerta (*warnurteil*), com o sistema processual brasileiro.

Verificou-se que essas técnicas não se coadunam com o sistema de precedentes formalmente vinculantes instituído no país pelo CPC/2015, sobretudo por mitigarem a segurança jurídica que o próprio modelo precedentalista pretende enfaticamente recrudescer.

De outro lado, constatou-se que a técnica dos recursos repetitivos é a mais adequada para viabilizar a criação e superação de precedentes e, ainda, que sua aplicação não deve ficar restrita ao campo dos recursos de índole extraordinária apreciados por STF, STJ, TST e TSE.

⁷⁷⁹ Repetido quase literalmente no art. 535, §§ 5º a 7º.

Isso porque não há motivo lógico, e nem obstáculo processual, para que o exercício das funções nomofilática, paradigmática e uniformizadora desses tribunais de vértice fique adstrito às hipóteses em que julgam recurso extraordinário, recurso especial, recurso de revista trabalhista e recurso especial eleitoral.

Em vista do caráter instrumental do direito processual e da ausência de prejuízo processual às partes ou terceiros, os tribunais superiores podem e devem aplicar analogicamente o procedimento dos recursos repetitivos em feitos decorrentes do exercício de sua competência originária e recursal ordinária, como meio de ampliar o âmbito de decisões capazes de ensejar a formação e a modificação de precedentes, propiciando maior segurança jurídica dentro e fora do sistema processual.

Uma das principais conclusões a que se chegou, em relação à técnica decisória prevista no art. 927, §3º, do CPC/2015, é a de que a modulação temporal dos efeitos dos precedentes que realizam *overrulings* deve ser a regra geral.

De modo que a nova tese jurídica firmada por STF, STJ, TST e TSE somente deve disciplinar as condutas, negócios ou atos jurídicos praticados após a sua publicação oficial, momento em que, formalmente, o precedente passa a produzir efeitos. Em regra, portanto, o precedente revogador há de produzir efeitos imediatos, prospectivos ou *ex nunc*.

Não se pode olvidar que, especialmente após o advento do CPC/2015, boa parte da doutrina passou a defender que a regra geral deveria mesmo ser a modulação temporal dos efeitos do precedente revogador.⁷⁸⁰

Na perspectiva endossada por essa parcela da doutrina, todavia, a modulação consiste na eliminação, ou na restrição, da eficácia naturalmente retroativa dos precedentes promotores de *overrulings*, cujo principal fundamento invocado para legitimá-la é a necessidade de proteção da confiança dos cidadãos na orientação antiga, conforme, aliás, expressamente consta no §4º do art. 927 do CPC/2015.

Entretanto, na ótica aqui advogada, a melhor maneira de promover a segurança jurídica diante de casos de mudanças de precedentes não é pela invocação do princípio da proteção à confiança, mas sim do princípio da irretroatividade.

⁷⁸⁰ Esta posição pode ser sintetizada no enunciado 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe que: “pelos pressupostos do §3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”. É preciso ressaltar, porém, que este enunciado demonstra aparente contradição com o enunciado 325 do FPPC – *in verbis*: “a modificação de entendimento sedimentado pelos tribunais trabalhistas deve observar a sistemática prevista no art. 927, devendo se desincumbir do ônus argumentativo mediante fundamentação adequada e específica, modulando, quando necessário, os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior” – na medida em que este último indica ser a modulação uma exceção e uma faculdade.

Como visto, ambos são subprincípios da segurança jurídica. Porém, a confiança justificada procura concretizá-la a partir de um viés subjetivo – ainda que com a pretensão de generalização –, alicerçado na necessidade de proteger aquelas pessoas que acreditaram no precedente revogado, que efetivamente pautaram suas condutas na crença de que a norma geral pretoriana nele contida não seria alterada.

Essa dimensão da segurança jurídica não se mostra a mais adequada para justificar a modulação, visto que a análise da existência ou não de confiança no precedente revogado (que, por vezes, é adjetivada pela doutrina como confiança qualificada) não se funda em critérios suficientemente claros e objetivos, deixando grande margem de discricionariedade para que o STF e os demais tribunais superiores, casuisticamente, optem ou não pela aplicação da técnica do *prospective overruling* a que se refere o art. 927, §3º, do CPC/2015, como demonstra o estudo de casos empreendido neste capítulo.

Diferentemente, o princípio da irretroatividade concretiza a segurança jurídica a partir de um viés eminentemente objetivo, alicerçado na necessidade de proteger os efeitos jurídicos das condutas, atos e negócios celebrados sob a égide do precedente revogado, independentemente da verificação da presença de confiança merecedora de tutela.

Essa dimensão da segurança jurídica se mostra, pois, a mais adequada para embasar a modulação, vez que se funda em critérios mais claros e objetivos, deixando pouca margem de discricionariedade para que o STF e os demais tribunais superiores não apliquem a técnica de que trata o art. 927, §3º, do CPC/2015.

A irretroatividade é a forma mais acurada de realizar a confiabilidade e a calculabilidade do Direito, dimensões dinâmicas da segurança jurídica que retratam o “Direito em movimento”, refletindo, ademais, a melhor e mais simples regra de transição entre o passado e o futuro – entre o Direito antigo e o novo –, tanto no âmbito do direito legislado quanto do direito jurisprudencial.

Aliás, a irretroatividade, por consubstanciar uma fórmula estritamente objetiva de suavizar as inevitáveis mudanças no Direito, é também o princípio-vetor que, reflexamente, melhor protege os interesses dos cidadãos, os quais terão menos incertezas a respeito do Direito aplicável às suas condutas, atos e negócios praticados no passado, quando se depararem com alterações de entendimentos contidos em precedentes.

Sustenta-se então que é com o sentido de irretroatividade normativa que deve ser interpretada a alusão expressa à possibilidade de modulação no interesse da segurança jurídica, contida no art. 927, §3º, do CPC/2015.

Portanto, *mutatis mutandis*, analogicamente, todo o regime do direito intertemporal deve reger a sucessão de precedentes no tempo, à semelhança do que ocorre, há séculos, na sucessão das leis no tempo: o que vale para as leis deve valer para os precedentes.⁷⁸¹ Guardadas as particularidades que distinguem seu modo de criação e aplicação, o fato inegável é que as leis e os precedentes, cada um à sua maneira, inovam na ordem jurídica e, no caso de mudanças promovidas por estes ou por aquelas, a inovação normativa não pode retroagir.

Desse modo, salvo disposição legal expressa, a regra geral, ditada pelo direito intertemporal, aplicável à grande maioria dos ramos do Direito⁷⁸², é que os precedentes implementadores de *overrulings* não possuem eficácia retroativa, surtindo efeitos imediatos a partir de sua publicação.

Dependendo da repercussão ou da complexidade da alteração normativa, para que todos possam, de antemão, conhecer o teor da nova razão de decidir, pode ser necessário que o STF, o STJ, o TST ou o TSE estipule um prazo de *vacatio*, contado, naturalmente, da publicação do precedente.⁷⁸³

Por sua vez, os precedentes revogadores cuja *ratio* implique norma penal mais benéfica produzem eficácia retroativa plena, podendo fulminar, inclusive, a sentença condenatória transitada em julgado.⁷⁸⁴ Já aqueles que impliquem modificações benéficas referentes ao direito tributário sancionador retroagem, não atingindo, contudo, a *res iudicata*.⁷⁸⁵

Já os precedentes modificadores de tese jurídica terão eficácia *pro futuro*, nos mesmos casos em que a alteração legislativa também terá, como nas hipóteses que ensejam a criação ou majoração de determinados tributos⁷⁸⁶ ou a alteração de regras do processo eleitoral.⁷⁸⁷

Por fim, vale lembrar que a justificativa filosófica do princípio da irretroatividade repousa na razão e na moral humanas, na lógica das coisas, nas noções mais elementares que

⁷⁸¹ Segundo Karl Lorenz, a aproximação analógica entre as leis e as decisões judiciais (ora proposta), há muito tempo, já foi vislumbrada e admitida, em tese, pelo Supremo Tribunal Federal alemão: “[...] o Supremo Tribunal Federal reconheceu que uma mudança da jurisprudência pode dar lugar ao desaparecimento da base do negócio, quando as partes de um acordo partiram, em consonância, da situação jurídica que resultava da jurisprudência anterior. Mas recusou, com razão, ater-se a uma jurisprudência que se sabe não ser adequada, somente porque as partes do respectivo processo tinham confiado na sua subsistência. No entanto, declarou possível aplicar, por analogia, a uma mudança da jurisprudência os princípios que hão de ter-se em conta no caso de leis retroativas, ‘uma vez que pressuposto que tal analogia é obrigatória dado o estado de coisas’. Mas, no caso concreto, não se quis abster de aplicar à situação de fato pretérita uma interpretação que estava em contradição com a jurisprudência anterior”. LORENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 617.

⁷⁸² Art. 5º, XXXVI, da Constituição; art. 6º da LINDB; art. 2º do CPP; art. 14 do CPC/2015, entre outros.

⁷⁸³ Art. 1º, *caput*, da LINDB. Caso em que o tribunal terá boa margem de discricionariedade na fixação do prazo de vacância, assim como sucede com o legislador.

⁷⁸⁴ Art. 5º, XL, da Constituição; art. 2º do Código Penal.

⁷⁸⁵ Art. 106, II, do CTN.

⁷⁸⁶ Arts. 150, III, e 196, §6º, da Constituição.

⁷⁸⁷ Art. 16 da Constituição.

permeiam o sentido de justiça e liberdade, sendo intuitivo que uma norma jurídica, exceto por uma imposição arbitrária dos detentores do poder, não possa produzir efeitos antes do início de sua vigência.

A retroatividade, diversamente, é um contrassenso, uma subversão da ordem natural das coisas, que, admitida, representa um atentado à liberdade das pessoas, uma deturpação violenta e artificial da vontade das pessoas e, pois, a consagração da injustiça suprema. Por isso, ela só deve ser admitida em caráter excepcional, quando não produzir este intolerável “estado das coisas” e não contradizer a lógica e a razão humana, como sucede com o direito sancionador, sobretudo com o direito penal, que representa a forma mais drástica e agressiva de intervenção na liberdade individual.

Destarte, as poucas exceções que recomendam a retroatividade normativa somente corroboram a regra geral, que é a irretroatividade do Direito conglobantemente considerado.

O “direito à irretroatividade” é, em uma palavra, um Direito natural, que norteia, desde a Grécia antiga, o pensamento de toda a civilização ocidental, não havendo motivo lógico para excluí-lo do campo do direito pretoriano, aqui considerado o Direito criado pelos tribunais superiores, uma vez que, como demonstrado, a aplicação retroativa das normas jurídicas gerais veiculadas nos precedentes judiciais provocaria os mesmos males causados pela retroatividade das leis.

Com essas considerações, como dito na introdução do presente trabalho, tem-se por concretizada a proposta sugerida por Remo Caponi: remodelar a aplicação do dogma da retroatividade da interpretação judicial do Direito com os mesmos instrumentos da razão prática com o qual foi elaborado.⁷⁸⁸

No capítulo seguinte, resta apontar algumas particularidades que permeiam a sucessão de precedentes veiculadores de normas de natureza estritamente processual, a partir dos princípios gerais do direito processual civil.

⁷⁸⁸ CAPONI, Remo. Prospective overruling: bilancio di una vicenda. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 12, v.19, n. 2, mai./ago. 2018, p. 177.

4 O PROSPECTIVE OVERRULING EM MATÉRIA PROCESSUAL CIVIL: PARTICULARIDADES DA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DOS PRECEDENTES ENVOLVENDO A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL

4.1 SEGURANÇA JURÍDICA PROCESSUAL OU INSTRUMENTAL: SEGURANÇA NO PROCESSO E SEGURANÇA PELO PROCESSO

A segurança jurídica é um pilar do Estado Democrático de Direito instituído pelo art. 1º da Constituição, de sorte que a segurança jurídica processual ou instrumental⁷⁸⁹ é igualmente um pilar do direito processual civil.

Não bastasse isso, o art. 5º, *caput*, da Constituição arrola o princípio da segurança jurídica como uma garantia fundamental, cuja incidência repercute sobre todos os direitos e garantias fundamentais inventariados em seus diversos incisos.

Consequentemente, além de fundamento do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica processual é uma garantia que, em nível constitucional, se concretiza por meio de princípios e regras de índole processual – como o acesso à justiça, o juiz natural, o devido processo legal e o contraditório –, que dão corpo, forma e alma ao modelo de processo vigente no país. Essas garantias fundamentais do processo iluminam a elaboração de todas as regras e princípios previstos na legislação processual civil infraconstitucional, bem como sua interpretação e aplicação, consoante se infere do art. 1º do CPC/2015. A segurança jurídica no processo é, portanto, elemento central na conformação do direito ao processo justo.⁷⁹⁰

Tal como a segurança jurídica em geral, a segurança jurídica processual deve ser compreendida sob uma dimensão estática e outra dinâmica. Ela deve proporcionar o maior grau possível de cognoscibilidade (conhecimento efetivo das normas), confiabilidade (estabilidade do passado) e calculabilidade (previsibilidade no futuro) ao direito processual civil.

Os atributos da segurança processual devem permear a prática de todos os atos processuais e refletir nas inúmeras situações jurídicas processuais criadas, modificadas ou extintas no decorrer do procedimento.

Destarte, as normas processuais devem ser suficientemente claras e objetivas para que sejam bem compreendidas e aplicadas pelos operadores do Direito, sem que haja dúvidas em

⁷⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 247.

⁷⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 517. COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del 'giusto processo' (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, set. 1998 p. 895-896.

torno de seu conteúdo e alcance, pois “não se pode pensar em um processo seguro sem um ambiente normativo inteligível pelos destinatários das normas vigentes, que apresente coerência e não contradição das suas disposições quando analisadas sistematicamente”.⁷⁹¹ As regras processuais devem, pois, ser compreensíveis seja quando tomadas isoladamente, seja quando encaradas sob a perspectiva do ordenamento jurídico processual em seu conjunto, formando um todo harmônico.⁷⁹²

A segurança-cognoscibilidade processual remete, pois, a uma perspectiva externa do processo, concernente ao papel que desempenha no sistema jurídico, cumprindo-lhe informar a sociedade sobre o conteúdo normativo do direito processual civil em vigor.⁷⁹³ Demais disso, as normas que disciplinam o processo devem prover confiabilidade e previsibilidade aos seus aplicadores e destinatários “de maneira que se possa ter tranquilidade quanto aos efeitos e ao grau de intangibilidade dos atos praticados no passado, bem como se possa prever como se dará a conformação do processo no futuro”.⁷⁹⁴

Além da segurança no processo, a segurança jurídica garante a segurança pelo processo, perspectiva em que reivindica respeito: (i) à preclusão, (ii) à coisa julgada; (iii) às formas processuais em geral; e (iv) ao precedente judicial.⁷⁹⁵

Em suma, um processo seguro é aquele que promove a tutela dos direitos mediante o incremento do nível de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade do Direito⁷⁹⁶, cumprindo os precedentes dos tribunais superiores um papel crucial na tentativa de realização desse desiderato.

4.2 DIREITO INTERTEMPORAL PROCESSUAL CIVIL

Conforme pontuado no segundo capítulo, a regra-mor do regime jurídico brasileiro concernente ao direito intertemporal está estampada no art. 5º, XXXVI, que impede que o Direito novo atinja o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em nível infraconstitucional, o art. 5º, XXXVI, da Constituição é complementado pelo art. 6º da LINDB que prescreve que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

⁷⁹¹ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 114-115.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 115.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 116.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, 2018, p. 115.

⁷⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 517-518.

⁷⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 247.

Esses dispositivos também consubstanciam a regra norteadora do direito intertemporal processual civil. O direito processual adquirido, o ato jurídico processual perfeito e a coisa julgada são protegidos em face das leis e dos precedentes supervenientes em nível constitucional e infraconstitucional.

Destarte, as normas processuais dispõem para o futuro, não podendo afetar os atos já praticados e nem os seus efeitos, uma vez que, no Brasil, segundo a jurisprudência do STF, as leis não gozam de nenhum tipo de retroatividade (máxima, média e mínima).⁷⁹⁷

Evidentemente, a problemática concernente à aplicação das regras de direito intertemporal recai sobre os processos pendentes, quando da edição de nova lei processual ou de novo “precedente processual” revogador de “anterior precedente processual”. A legislação processual superveniente não alcança os processos já concluídos e, de outro lado, aplica-se *in totum* às causas instauradas após sua entrada em vigor.

Há três sistemas que podem regular a sucessão de leis processuais no tempo: a) da unidade processual⁷⁹⁸; b) das fases processuais⁷⁹⁹; e c) do isolamento dos atos processuais.⁸⁰⁰ Este último sistema constitui a regra geral do sistema processual civil, estando disciplinado nos arts. 14 e 1.046, *caput*, do CPC/2015.

Considerando-se que o art. 1.046, *caput*, veicula regra de direito transitório, destinada a regular especificamente a passagem do Código antigo ao novo – cuja eficácia exaurir-se-á com o tempo –, é o art. 14 do CPC/2015 que traduz a regra permanente do direito intertemporal processual civil em nível infraconstitucional, regulamentadora da sucessão de normas processuais no tempo.

Mais que isso, o art. 14 do *Codex* é mais um elemento importante para demonstrar que a modulação – de que trata o art. 927, §3º, do CPC/2015 – dos efeitos de precedentes de conteúdo processual é uma exigência do modelo de processo vigente no país, como se verá a seguir.

⁷⁹⁷ A regra da incidência imediata da lei processual é antiga, remontando, segundo Galeno Lacerda, a uma Ordenança Francesa de 1363, que previa que a lei nova se aplicava desde logo aos processos pendentes. LACERDA, Galeno. *O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 11.

⁷⁹⁸ Nesse sistema, o processo deve ser integralmente regido por uma só lei, isto é, por aquela em vigor no momento do ajuizamento da ação, não se lhe aplicando alterações legislativas supervenientes. O art. 1.046, §1º, do CPC/2015 adotou-o para reger os processos submetidos aos procedimentos sumário e especiais revogados pendentes quando o novo *Codex* entrou em vigor, assegurando, pois, a ultratividade do CPC/1973.

⁷⁹⁹ Já nesse sistema, a lei processual antiga aplica-se a toda uma fase pendente (postulatória, instrutória, recursal) quando do advento da norma nova, sendo cada uma delas regida pela lei em vigor no momento em que ela teve início.

⁸⁰⁰ De acordo com esse sistema, cada ato é considerado isoladamente, devendo ser governado pela lei em vigor no momento de sua prática, independentemente da fase em que se encontra o processo.

4.2.1 Modulação temporal dos efeitos dos precedentes promotores de *overrulings*

4.2.1.1 Irretroatividade das normas processuais: a interpretação da técnica modulatória do art. 927, §3º, do CPC/2015 à luz do seu art. 14

Conforme bem sintetiza Luiz Fux, o cânone da irretroatividade normativa singulariza-se “no âmbito do processo em razão da natureza dinâmica da relação processual, que a cada evoluir faz exsurgir novas etapas, novos atos, novos direitos, deveres, ônus e faculdades, impondo a aplicação da lei nova aos feitos pendentes”.⁸⁰¹

A colocação de Fux deixa claro que o princípio *tempus regit actum* goza de notável importância no âmbito do direito processual civil⁸⁰², também compreendido como *tempus regit effectum*, como lembra Remo Caponi.⁸⁰³

No CPC/2015, a regra positivadora desse princípio está presente no festejado art. 14 do CPC/2015, que assim dispõe:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

O primeiro ponto a ser destacado é que, diversamente das demais regras de direito intertemporal, o legislador do CPC/2015 – acompanhado as modernas teorias da hermenêutica jurídica – intencionalmente empregou o termo norma processual, cujo significado é mais abrangente do que o de lei processual.⁸⁰⁴

Neste ponto, andou muito bem o legislador, pois, com o advento do CPC/2015, determinados acórdãos do STF e dos demais tribunais superiores – qualificados como precedentes vinculantes – foram alçados ao patamar de fontes formais do Direito, passando a integrar a noção de ordenamento jurídico objetivo conglobantemente considerado.⁸⁰⁵

Por isso, coerentemente com toda base principiológica-hermenêutica implementada pelo CPC/2015, o seu art. 8º determina que o juiz, no processo, deve aplicar o ordenamento

⁸⁰¹ FUX, Luiz. *Teoria geral do Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 16-17.

⁸⁰² STJ, Corte Especial, REsp 1.144.079/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.03.2011, DJe 06.05.2011.

⁸⁰³ CAPONI, Remo. *Tempus regit processum: un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*. *Rivista di Diritto Processuale*, apr./giu. 2006, p. 455.

⁸⁰⁴ O mesmo ocorre com a expressão “violar manifestamente norma jurídica”, contida no art. 966, V, do CPC/2015, utilizada como fundamento legitimador do manejo de ação rescisória, cujo §5º deixa claro que os precedentes formados pelos tribunais superiores em sede de recurso repetitivo também se enquadram no conceito jurídico-processual de norma. O assunto foi abordado no terceiro capítulo.

⁸⁰⁵ Enunciado 380 do FPPC: “A expressão ‘ordenamento jurídico’, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

jurídico, e não apenas a lei⁸⁰⁶; o art. 140 o proíbe de eximir-se de decidir invocando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Outro aspecto relevante a ser realçado é que, *ex vi legis*, o art. 14 do CPC/2015 diz muito mais do que o art. 6º da LINDB, pois claramente introjetou, no âmbito do direito processual civil, as linhas-mestras das teorias subjetiva e objetiva do direito intertemporal processual, concomitantemente.

Quanto à vertente subjetiva, a regra em comento assegura que a eficácia dos atos processuais já manifestados no processo não seja tocada pela nova lei processual e nem pela nova *ratio decidendi* contida no precedente revogador exarado pelos tribunais superiores, o que significa que haverá ultratividade da norma antiga, que protegerá os atos processuais perfeitos e os seus efeitos já produzidos e os ainda não produzidos.⁸⁰⁷

Quanto à vertente objetiva, o art. 14 do CPC/2015 afirma peremptoriamente que a norma processual não retroagirá, agasalhando integralmente o princípio da irretroatividade normativa no sistema processual civil – do mesmo modo que o faziam as Constituições de 1824 e 1891, em relação às leis em geral, e como o faz a Constituição de 1988, em relação às normas penais gravosas – ao mesmo tempo em que determina a aplicação imediata da norma processual – legal ou pretoriana – aos processos pendentes.

Além disso, o art. 14 do *Codex* impõe o respeito às situações jurídicas consolidadas, que não se subsumem às hipóteses de proteção dos efeitos dos atos processuais perfeitos praticados pelas partes. Ilustrativamente, basta pensar no efeito suspensivo *ex lege* que geralmente emana da prolação da sentença de mérito, que – além de fazer surgir o direito subjetivo ao recurso em favor da parte sucumbente – gera uma situação jurídica de litispendência, que se prolonga até o seu trânsito em julgado ou até a interposição do recurso ou, ainda, na situação jurídica do réu revel⁸⁰⁸, que pode produzir reflexos processuais até o fim do processo.⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ Importante ainda observar que o art. 8º do CPC/2015 preconiza que, na aplicação do ordenamento jurídico, o juiz deve atender ao princípio da legalidade *stricto sensu*, o que evidencia que o poder de criação judicial do Direito pelos tribunais superiores encontra, de fato, limites nas alternativas semânticas extraíveis do texto da lei.

⁸⁰⁷ SOARES, André Mattos. *Direito intertemporal e o novo Processo Civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 107.

⁸⁰⁸ Não se olvida as dificuldades de se precisar os contornos das situações jurídicas processuais. Nesse sentido, Fernando Fontoura da Silva Cais adverte que o conceito de situação jurídica processual não é de fácil compreensão, pois pode referir-se a todo o processo, a uma fase processual ou à consequência da ausência da prática de um ato processual, como a revelia. *Direito processual civil intertemporal* (tese de doutorado). São Paulo: USP, 2010, p. 142. Apontando também a dificuldade de se definir claramente em que casos haverá uma situação jurídica consolidada e uma situação jurídica ainda está em curso, cf. ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breves questões sobre direito transitório no novo CPC. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (Coord.). *Direito intertemporal* (Grandes temas do novo CPC). v. 7. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 56-57.

⁸⁰⁹ Demonstra-se, com esses exemplos, uma das diferenças entre as teorias objetiva e subjetiva.

Infere-se, portanto, que o art. 14 do CPC/2015 é um dos dispositivos do *Codex* “que densifica na legislação infraconstitucional o direito fundamental à segurança jurídica”⁸¹⁰, abrigoando a mais importante regra de direito intertemporal processual civil, que há de ser inexoravelmente aplicada tanto nos casos de sucessão de leis no tempo quanto nas hipóteses de sucessão de precedentes judiciais veiculadores de normas processuais no tempo.

4.2.1.2 A influência do contraditório na modulação dos efeitos de novas teses processuais

Clássica, amplamente conhecida e aceita no meio jurídico é a definição de Elio Fazzalari de processo como procedimento em contraditório.⁸¹¹ Conforme pontua Daniel Carneiro Machado, os estudos do mestre italiano, desenvolvidos no final da década de 1970, ganharam proeminência na evolução histórica no âmbito das concepções teóricas formadas em torno do que seja a essência do processo, notadamente diante das Constituições democráticas.⁸¹²

Para Fazzalari, o procedimento é caracterizado por uma sequência de atos previstos nas normas que envolvem “uma série de faculdades, poderes e deveres, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas”.⁸¹³ Entretanto, Fazzalari ressalta que esses traços do procedimento não são suficientes para distingui-lo do processo, sendo necessário, para tanto, que a sua estrutura seja dialética, ou seja, que ele se desenvolva em contraditório.⁸¹⁴ Essa estrutura dialética do processo “consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades”.⁸¹⁵

Por sua vez, Nicola Picardi enfatiza que, na mais recente fase da ciência processual, o contraditório foi deslocado das margens para o centro do fenômeno processual, representando um princípio da “lógica do senso comum”, que compõe o núcleo central do processo⁸¹⁶, enquanto Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia e Cirilo Augusto Vargas

⁸¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113.

⁸¹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 90.

⁸¹² MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 177.

⁸¹³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 119.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 119.

⁸¹⁶ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140-143.

sublinham que o contraditório é o “componente essencial do *due process of law*”, que “traduz-se em direito humano indissociável da atividade judiciária”.⁸¹⁷

De fato, dúvida não há de que, no Brasil, ao menos desde o advento da Constituição de 1988, o contraditório, formalmente, assumiu posição nuclear no direito processual civil. Contudo, no que tange ao seu conteúdo, a legislação, a doutrina e a jurisprudência majoritárias concebiam o contraditório como uma garantia estática e formal de bilateralidade de audiência, resumida no binômio ciência-reação. Inexistia para as partes a prerrogativa de efetivamente influenciar o juiz na construção do provimento, o que o consubstanciava como um “quase contraditório” ou “contraditório parcial” a implicar, na prática, a negação completa da prerrogativa.⁸¹⁸

Nesse contexto, é inquestionável o avanço que o CPC/2015 trouxe para otimizar a aplicação do princípio no sistema processual do país, notadamente ao positivizar, em seus arts. 9º e 10, regras concretizadoras do contraditório dinâmico e substancial – que asseguram o poder de influência efetiva das partes, sobre o juiz e os tribunais, no iter de construção do provimento –, cuja principal vertente consiste na vedação da prolação de decisões-surpresa ou de “decisões de terceira via”, que são aquelas baseadas em fundamento fático ou de direito que não tenha sido previamente considerado pelas partes, implicando o respectivo provimento “inovação jurisdicional, destoante da tese e da antítese do processo”.⁸¹⁹

Além disso, o art. 6º do CPC/2015 consagrou, na legislação processual ordinária, o princípio da cooperação, estabelecendo que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Esse princípio impõe ao juiz o dever de, em qualquer etapa do procedimento, ouvir e informar as partes, convidando-as a fornecer esclarecimentos que se afigurem pertinentes para a justa solução do conflito, a denotar sua envergadura constitucional como uma eloquente faceta do contraditório substancial.⁸²⁰

Por tudo isso, pode-se dizer que o contraditório é o instituto processual que constitucionalmente legitima o procedimento e as respectivas decisões judiciais.⁸²¹

⁸¹⁷ JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; VARGAS, Cirilo Augusto. Da decisão-surpresa no Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, n. 221, jan./mar. 2019, p. 17. De forma semelhante, Daniel Carneiro Machado observa que é “através do contraditório que se estabelece, de forma racional, uma relação dialética discursiva e argumentativa entre os destinatários do provimento jurisdicional. Assim, o contraditório deixa de ser um mero princípio para se tornar um elemento-garantia estruturante do processo”. MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 183.

⁸¹⁸ JAYME; MAIA; VARGAS, op. cit., p. 16.

⁸¹⁹ Ibid., p. 14.

⁸²⁰ Ibid., p. 17.

⁸²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

De outro lado, o contraditório exerce também papel decisivo na senda do direito intertemporal processual civil, prescrevendo uma regra básica de ética processual segundo a qual “non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso. Le regole del contraddittorio devono essere previamente conoscibili dalle parti e non devono essere esposte all’alea di modificazioni sopravvenute”.⁸²²

Sob o prisma deste trabalho, esta afirmação de Remo Caponi cristaliza a relação indissolúvel entre os princípios do contraditório e da irretroatividade do Direito, deixando clara a visão de que o primeiro também é fator obstativo da pretensão de outorgar eficácia retroativa a modificações de teses jurídicas processuais decorrentes da revogação de teses anteriormente firmadas em precedentes do STF, do STJ, do TST e do TSE.

Naturalmente, respeitadas as regras de direito intertemporal processual, as normas processuais podem até mudar no curso do processo, pois – assim como não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico em geral (estatutário, celetista, previdenciário, tributário *etc.*) – não há direito adquirido à manutenção um regime jurídico processual, cujo procedimento e o modo de ser, o tempo e o lugar dos atos processuais podem ser modificados a qualquer tempo na pendência dos processos. Mas as mudanças normativas empreendidas no curso dos procedimentos não podem malferir o contraditório, sob pena incidirem em inconstitucionalidade.

A aplicação retroativa de novas interpretações da legislação processual civil, promovidas por precedentes revogadores de teses processuais, configuraria inequívoca decisão-surpresa, que não raro chegaria ao ponto de anular completamente o contraditório, minando o poder de as partes influenciarem o juiz ou o tribunal antes da tomada da decisão, que se tornaria constitucionalmente ilegítima.

É o que sucederia, *v.g.*, se: a) o meio de produção de uma prova considerado lícito, no momento em que ela foi produzida, segundo um precedente exarado pelo STJ em sede de recurso repetitivo, viesse, posteriormente, na data da prolação da sentença, a ser considerado ilegal em razão da mudança de interpretação de uma regra probatória específica ou do procedimento probatório, não havendo possibilidade de refazimento da prova⁸²³; b) recursos – como o agravo de instrumento – considerados cabíveis contra certos tipos de decisões

⁸²² CAPONI, Remo. *Tempus regit processum: um appunto sull’efficacia delle norme processual nel tempo*. *Rivista di Diritto Processuale*, apr./giu. 2006, p. 458.

⁸²³ Como, *v.g.*, no caso de morte de uma testemunha importante ou da própria parte, cujos depoimentos não poderiam ser refeitos ou nos casos de avaliação da extensão e das consequências de danos ao meio ambiente, cuja realização de nova perícia poderia levar a resultados incertos, em razão da restauração natural do ambiente degradado.

interlocutórias na data em que interpostos fossem, tempos depois (às vezes anos), por ocasião de seu julgamento, fossem considerados inadmissíveis por força de uma guinada jurisprudencial⁸²⁴; e c) recursos interpostos dentro do prazo recursal, contado de acordo com entendimento sumulado de tribunal superior, fossem ulteriormente declarados intempestivos, em razão da revogação retroativa da súmula ocorrida após a sua interposição, implementada por meio de um precedente novo.

Na primeira hipótese, haveria restrição ao poder de um dos sujeitos processuais de influenciar no *iter* de reconstrução processual dos fatos alegados, ou seja, ao direito de provar suas alegações. Nos demais casos, verificar-se-ia a extirpação do direito ao recurso, tolhendo o direito à ampla defesa na esfera recursal e, em determinados casos, ao duplo grau de jurisdição. Em todos os exemplos citados, a aplicação retroativa no novo entendimento fulminaria o princípio do contraditório.

Inegável, portanto, que a interpretação que melhor compatibiliza a técnica modulatória contida no art. 927, §3º, do CPC/2015 com o princípio do contraditório é no sentido de que a modulação dos efeitos dos precedentes revogadores de tese processual preteritamente assentada é obrigatória, devendo o tribunal superior invariavelmente determinar a aplicação de seu novo entendimento apenas em relação aos atos processuais praticados após a publicação do respectivo acórdão.

4.3 UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PROCESSUAL E MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DO PRECEDENTE UNIFORMIZADOR

O direito processual civil estipula variados mecanismos preventivos e corretivos de uniformização de jurisprudência, como o incidente de assunção de competência, os embargos de divergência e os recursos extraordinário e especial. Os primeiros destinam-se à fixação

⁸²⁴ Exemplificativamente, na esfera trabalhista, Estevão Mallet cita o caso dos recursos de revista interpostos pelo sistema de protocolo integrado, que era admitido pelo TST. Posteriormente, o TST alterou seu entendimento, restringindo o cabimento do protocolo integrado para os recursos dirigidos aos Tribunais Regionais do Trabalho. Esse novo entendimento, que restou consolidado na Orientação Jurisprudencial n. 320 da Subseção de Dissídios Individuais I foi aplicado retroativamente, de modo que “impugnações que, segundo as regras até então adotadas e aplicadas, teriam de ser consideradas regulares, passaram a ser julgadas, sem nenhuma oportunidade para retificação dos atos praticados, intempestivas. As numerosas dificuldades que essa solução gerou levaram ao cancelamento do verbete jurisprudencial, o que mostra o efeito potencialmente perturbador à estabilidade jurídica, envolvido na aplicação retroativa da jurisprudência”. MALLETT, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez. 2006, p. 287.

prévia de uma tese, em ordem a pré-excluir o risco de configuração de dissídio jurisprudencial; os demais à eliminação da desarmonia de teses jurídicas contrapostas já existente.⁸²⁵

A uniformização da interpretação jurisprudencial dos textos legais é uma condição a que o sistema jurídico naturalmente tende a alcançar⁸²⁶, eis que “a jurisprudência dos tribunais superiores está predestinada a tornar-se uniforme, porque deve inexoravelmente atender a princípios constitucionais e ideais do sistema jurídico”⁸²⁷, como a segurança jurídica e a igualdade.

Só há Direito cognoscível, previsível e calculável onde há unidade de sentido em torno das disposições constitucionais e legais interpretadas, sejam elas de natureza material ou processual. Apenas a jurisprudência uniforme dos tribunais superiores – alinhada a um determinado precedente – assegura que as normas pretorianas sejam íntegras, estáveis e coerentes, conforme se deduz do art. 926, *caput*, do CPC/2015.

Ao aludir às *first impression decisions* nos capítulos anteriores, foi exposta posição no sentido de que o primeiro precedente uniformizador da jurisprudência deve operar efeitos retroativos, sob pena de se negar vigência à lei interpretada. A afirmação é plenamente válida para todos os precedentes uniformizadores envolvendo a interpretação das regras e princípios dos mais variados ramos do direito material. Contudo, o sistema processual – e somente ele – admite solução diversa quando se trata de uniformização da interpretação da própria legislação processual.

O princípio da instrumentalidade do processo é o elemento que permite elaborar essa distinção eficaz entre o direito material e o direito processual.

4.3.1 Instrumentalidade do processo e formalismo processual

No final do século XIX, o direito processual desvincilhou-se do direito material, superando de vez a fase do sincretismo processual, firmando-se “como ciência autônoma no campo da dogmática jurídica por ter objeto e princípios próprios que não se confundem com o objeto e princípios das demais ciências do direito”.⁸²⁸

⁸²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5.

⁸²⁶ GABOARDI, Marcello. Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, 435, 2017, p. 09 (PDF). Disponível em: <https://iris.unibocconi.it/handle/11565/4001219#.YCPsI9KiUk>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁸²⁷ CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 210.

⁸²⁸ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 33.

Gradualmente, porém, a autonomia científica do processo conduziu ao isolamento entre o direito material e o processo, o que levou a técnica processual a imperar como “valor quase-absoluto, acima até do próprio direito material”, fazendo com que a observância das regras processuais se tornasse mais importante que a solução da questão de mérito.⁸²⁹ O processualismo científico culminou, assim, em um apego excessivo ao formalismo, a um culto exagerado à técnica processual e às formalidades processuais e, ainda, à radicalização do rito em detrimento da realização do direito material.⁸³⁰

Na segunda metade do século XX, a ciência processual deu uma importante guinada, proporcionando uma nova visão do fenômeno processual. A dogmática processual ascendeu, então, a um novo patamar do seu desenvolvimento: a fase instrumentalista do processo, a demandar que os institutos do direito processual civil fossem concebidos em conformidade com as necessidades do direito material.⁸³¹ A eficácia do sistema processual passou a ser mensurada em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material.⁸³²

Com efeito, desde que assumiu essa feição instrumental, o processo civil não mais possui um fim em si mesmo⁸³³; ao contrário, o direito processual civil é dotado de um “endereço teleológico”, servindo como meio hábil a oferecer respostas adequadas para solucionar problemas jurídicos, sociais e políticos da atualidade.⁸³⁴

Não bastasse isso, na atualidade, ao lado de sua conotação instrumentalista e classicamente retrospectiva, o direito processual civil, mormente a partir do CPC/2015, evolui ainda mais, tendo assumido também um perfil regulatório e prospectivo, no sentido de viabilizar a enunciação de normas judiciais de caráter mais geral e de eficácia mais ampla⁸³⁵ – em comparação com as normas individuais solucionadoras de uma lide específica – destinadas a prover pautas de condutas mais seguras, previsíveis e calculáveis para os cidadãos e o próprio Estado em suas relações presentes e futuras.⁸³⁶ Esse novo colorido do direito processual civil é estruturado a partir do sistema de precedentes judiciais instituído pelo CPC/2015.

⁸²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 27; LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 21, 1983, p. 14.

⁸³¹ Além de mais recentemente evidenciar a forte conotação ética que assumiu o processo. COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del ‘giusto processo’ (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, set. 1998, p. 899-900.

⁸³² BEDAQUE, *op. cit.*, p. 23.

⁸³³ Ótimo exemplo da visão instrumentalista do processo está estampado na regra contida no art. 488 do CPC/2015.

⁸³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

⁸³⁵ *v.g.*, art. 1.040, IV, do CPC/2015.

⁸³⁶ Dez anos antes da edição do CPC/2015, Danilo Knijnik já realçava esse “novo” caráter prospectivo ou transcendental do direito processual civil, que ele qualificou como um “quarto momento metodológico” da ciência processual – posterior ao imanentismo, ao abstrativismo (plena autonomia em face do direito material) e ao

Evidentemente, o formalismo processual não perdeu sua finalidade principal de propiciar segurança jurídica ao processo e pelo processo. Conforme salienta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, muito mais do que a soma das formas dos atos processuais e formalidades do processo, o formalismo representa a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, viabilizando a ordenação do procedimento e a organização do processo, a fim de que sejam alcançadas suas finalidades primordiais, emprestando previsibilidade ao procedimento e funcionando como fator limitativo de eventuais excessos perpetrados pelos juízes e pelas partes.⁸³⁷

Destarte, a instrumentalidade do processo reivindica apenas que os atos processuais praticados – e o procedimento – sejam juridicamente avaliados a partir da finalidade que buscam alcançar no processo. Para tanto, em princípio, eles devem atender às formas estabelecidas pelas leis processuais, sem perder de vista, porém, que as regras que dispõem sobre as formas processuais não têm um fim em si mesmas.⁸³⁸

A instrumentalidade das formas é uma das facetas do princípio da instrumentalidade do processo.⁸³⁹ Há uma intensa conexão entre as formalidades instituídas pelo legislador processual (tipos processuais), as sanções causadas pelo seu desrespeito (nulidades/inadmissibilidades), o aproveitamento dos atos processuais e do procedimento e o princípio da primazia da solução de mérito.⁸⁴⁰

O fio condutor do sistema de nulidades processuais é o princípio da instrumentalidade.⁸⁴¹ Na sintética definição de Calmon de Passos, a nulidade é a sanção legal decorrente da imperfeição dos atos processuais.⁸⁴² Entretanto, a atipicidade desses atos não implicará sua nulidade *ipso iure*, eis que o ato imperfeito produzirá efeitos até o momento em que sobrevenha pronunciamento judicial que lhe retire a eficácia, decretando-o nulo,

instrumentalismo –, em que o processo deixou de ser visto exclusivamente como “coisa das partes”, com repercussão na própria definição do conceito de jurisdição. Cf. KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 63-65.

⁸³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6-9.

⁸³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, n. 60, out./dez. 1990, p. 31-32.

⁸³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 318; BEDAQUE, op. cit., p. 32.

⁸⁴⁰ Arts. 4º, 6º e 488 do CPC/2015.

⁸⁴¹ A causa da nulidade do processo pode decorrer também da inexistência de um ato considerado essencial na formação ou no desenvolvimento regular do procedimento. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000, p. 33.

⁸⁴² CALMON DE PASSOS, J.J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 108.

evidenciando que inexistente “correspondência necessária entre imperfeição e nulidade, porque a nulidade é uma imperfeição qualificada”.⁸⁴³

Não obstante, como ressalta Galeno Lacerda, as imperfeições dos atos processuais e do procedimento tendem a ser supridas ou sanadas por imposição lógica do próprio sistema processual, cujas regras “sobre nulidades possuem o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as sanções de sua infração”.⁸⁴⁴

Com efeito, as próprias regras processuais que disciplinam as nulidades dos atos processuais – presentes nos arts. 276 a 283 do CPC/2015⁸⁴⁵ – visam muito mais a viabilizar o suprimento da irregularidade do que a decretação da nulidade.⁸⁴⁶ Daí que, conforme salienta Antonio do Passo Cabral, diversamente do que ocorre na esfera do direito material, na moderna teoria das nulidades processuais, aprioristicamente, não se concebe vício processual que não possa ser sanado ou qualquer ato do processo que não possa ser convalidado, independentemente da eventual gradação de seu defeito, sendo a decretação da nulidade medida absolutamente excepcional, a *ultima ratio* do sistema processual, até mesmo porque é uma solução onerosa para o processo.⁸⁴⁷

Cabe, ainda, ressaltar que a tipicidade processual não se resume apenas à definição da forma dos atos processuais, uma vez que o tipo processual apanha “o ato em sua inteireza, na sua existência, substância e forma, bem como na sua situação e relação com outras realidades”.⁸⁴⁸ Disso decorre que, conforme adverte Calmon de Passos, a nulidade *lato sensu* é sanção que não se restringe às imperfeições concernentes às formas, abrangendo também aspectos relacionados ao tempo e ao lugar dos atos processuais.⁸⁴⁹

⁸⁴³ CALMON DE PASSOS, J.J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 129.

⁸⁴⁴ LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 21, 1983, p.16. Por isso, para Galeno Lacerda, “o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que o libertam do contrassenso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça”. *Ibid.*, p. 16-17.

⁸⁴⁵ Também no art. 13, *caput*, da Lei 9.099/1995.

⁸⁴⁶ Na esfera recursal, isso também fica bem claro da leitura dos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, §3º, do CPC/2015, bem como do art. 896, § 11, da CTL.

⁸⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 185-189. Em sentido próximo, abordando a questão sob o enfoque da economia processual, cf. FUX, Luiz. *Teoria geral do Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 47.

⁸⁴⁸ CALMON DE PASSOS, op. cit., p. 108.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 108. Nesse sentido, Aroldo Plínio Gonçalves aduz que o lugar e o tempo em que praticados os atos processuais “não são, a rigor, requisitos de forma, mas circunstâncias exteriores ao ato, que condicionam sua correta realização. Entretanto, a inobservância das regras legais a eles referentes pode comprometer o ato com repercussões sobre a regularidade do processo”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2000, p. 35.

Por isso, a incompetência absoluta pode gerar a nulidade do processo e a intempestividade pode implicar a inadmissibilidade de atos processuais ou do procedimento.⁸⁵⁰ Ambas consubstanciam espécies de sanção processual decretada por meio de uma decisão que obsta o prosseguimento da atuação do magistrado, impedindo-o de examinar o mérito do ato postulatório.⁸⁵¹

O exame da validade dos atos postulatorios, *v.g.*, equivale a um juízo sobre a sua admissibilidade; o indeferimento da petição inicial da ação ou da reconvenção e o não conhecimento do recurso são expressões que se referem a um juízo negativo de admissibilidade da postulação.⁸⁵² Portanto, de regra, a inadmissão da postulação, seja em razão da intempestividade ou de qualquer outro motivo – como sanção que é – impede que o ato produza os efeitos que normalmente produziria se tivesse sido admitido. O recurso de apelação inadmitido, *v.g.*, impede a produção dos efeitos legais previstos na legislação – obstativo do trânsito em julgado (prolongação do estado de litispendência), devolutivo e suspensivo.

No que tange à (in)tempestividade dos atos processuais, Antônio do Passo Cabral explica que, no Brasil e no exterior, atualmente, parcela da doutrina tem sustentado que as preclusões devem ser interpretadas restritivamente e com base no princípio da proporcionalidade, preservando-se, tanto quanto possível, o contraditório e a ampla defesa, de sorte que “a preclusão temporal para as faculdades das partes deve ser flexibilizada a um ponto ótimo de privilegiar a ampla defesa sem gerar desordem e retrocesso, sem ofender o formalismo moderno e o devido processo legal”.⁸⁵³

Essa flexibilização deve ocorrer, principalmente, em relação aos inúmeros atos processuais que são praticados diuturnamente, em todo o país, durante períodos de instabilidade decisória, caracterizada pela existência de divergência jurisprudencial no âmbito dos tribunais superiores.

São exatamente essas situações de desuniformidade decisória que conferem ao princípio da fungibilidade enorme relevância dentro do sistema processual e que servem de base para equipará-lo, do ponto de vista prático, a uma espécie de “técnica de modulação parcial dos efeitos temporais do primeiro precedente uniformizador da divergência jurisprudencial”, cuja

⁸⁵⁰ A inadmissibilidade não é sanção exclusiva da intempestividade, uma vez que o juízo de admissibilidade, em geral, “opera sobre o plano de validade dos atos jurídicos. Mais precisamente do ato jurídico complexo procedimento”. DIDIER JR., Fredie. O juízo de admissibilidade na Teoria Geral do Processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. VI, p. 330.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 334.

⁸⁵² *Ibid.*, p. 335.

⁸⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 258-260.

aplicação objetiva preservar os efeitos de atos praticados – durante o período em que perdurou a divergência – na forma, no tempo ou no lugar que preconizava o entendimento pretoriano que não prevaleceu.

4.3.2 O princípio da fungibilidade dos meios e a limitação da retroatividade do precedente uniformizador

À semelhança do sistema de nulidades, o princípio da fungibilidade procura viabilizar o máximo aproveitamento dos atos processuais e do procedimento, possuindo vasto campo de incidência no processo civil, que vai muito além dos recursos⁸⁵⁴, razão pela qual se mostra mais adequado falar-se em fungibilidade dos meios do que em fungibilidade dos atos processuais.⁸⁵⁵ Ele opera para contornar as imperfeições da legislação ou da jurisprudência, atuando como um mecanismo que contribui para que a legislação processual adquira a feição de sistema.⁸⁵⁶

Ao fim e ao cabo, o escopo do princípio da fungibilidade é a mitigação do formalismo processual⁸⁵⁷, traduzindo-se em uma eloquente manifestação da instrumentalidade do processo⁸⁵⁸ e de outros princípios correlatos, como o da primazia da solução de mérito e o da economia processual.

O princípio da fungibilidade pode ter lugar sempre que for detectada a existência de uma denominada “zona cinzenta” ou “de penumbra”, que consiste na existência de situações “em face das quais se apresenta mais de uma solução possível, legitimada por parte da própria doutrina, da jurisprudência e da própria lei [...] que se manifestam quando se admitem, no sistema, dois ou mais caminhos para chegar a um mesmo lugar”⁸⁵⁹. O princípio deve, pois, ser invocado em casos em que há “uma dúvida razoável, objetivamente observada das incertezas e inconstâncias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a utilização de um ou outro meio”, que torna

⁸⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 64. Na jurisprudência do STF, acolhendo a aplicação do princípio da fungibilidade fora da seara recursal, cf. STF, Primeira Turma, Rcl 3268 AgR, rel. Min. Cezar Peluso, j. 09.05.2006, DJ 09.06.2006.

⁸⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.090.

⁸⁵⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 117.

⁸⁵⁷ A fungibilidade, sob a ótica processual, possui conotação bastante diferente da que lhe é atribuída pelo direito civil, no qual tem sentido de substitutividade de bens ou de obrigações. Nesse sentido, cf. LAMY, op. cit., p. 102.

⁸⁵⁸ Ibid., p. 79; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 120.

⁸⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Princípios e temas gerais do processo civil* (Coleção Doutrinas essenciais do processo civil). v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 246.

escusável o erro do sujeito processual⁸⁶⁰, dispensando quaisquer avaliações em torno da existência de má-fé ou de erro grosseiro.

O fato inquestionável é que ninguém pode ser processualmente prejudicado por ter agido em conformidade com uma ou outra corrente jurisprudencial em vigor no momento da prática da conduta processual, pois, conforme indaga Teresa Arruda Alvim Wambier, “se nem os estudiosos do processo ou magistrados têm certeza a respeito de qual seja o caminho adequado em certas situações, a parte é que teria o dever de saber?”⁸⁶¹

Com efeito, se o Estado-juiz, ainda que por um curto período, não cumpre sua obrigação de incrementar a segurança jurídica processual, deixando de outorgar um grau adequado de cognoscibilidade, previsibilidade e calculabilidade ao Direito, os ônus decorrentes desse estado de incerteza – relacionada à forma de ser dos atos processuais, ao seu tempo e ao seu lugar ou, ainda, aos meios a serem empregados – não podem ser imputados àqueles que não o causaram.

A divergência jurisprudencial não deve ser obstáculo ao conhecimento de pretensões de natureza processual. A desuniformidade normativo-jurisprudencial não pode conduzir à inadmissibilidade das postulações deduzidas em conformidade com o entendimento que não vingou quando da ulterior edição de precedente uniformizador.

Portanto, os atos processuais praticados ou os respectivos meios empregados durante períodos de notória divergência jurisprudencial – mas apreciados pelo Poder Judiciário quando já eliminado o estado de desuniformidade pelo precedente uniformizador em sentido contrário à norma pretoriana que serviu de parâmetro para a sua realização – devem ser aceitos, preservados ou convalidados, na maior medida possível.

A aceitação, preservação ou convalidação desses atos deve ocorrer até mesmo se realizados fora do prazo processual. Em tais casos, a intempestividade da postulação deve ser relevada. O ato processual intempestivo – à luz do ulterior entendimento uniformizador – não pode ser despedido de sua eficácia.

Nesse contexto, vislumbra-se a possibilidade de aplicação, por analogia, do art. 927, §3º, do CPC/2015, em situações que, a rigor, não envolvem revogação de precedentes, a fim de limitar a retroatividade do primeiro precedente uniformizador de divergência jurisprudencial em matéria processual civil.

⁸⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 64.

⁸⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Princípios e temas gerais do processo civil* (Coleção Doutrinas essenciais do processo civil). v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 318.

Desse modo, ao editarem o precedente processual uniformizador, os tribunais superiores podem invocar o art. 927, §3º, do CPC/2015, para restringir a eficácia vinculante e retroativa comumente conferida às *first impression decisions*, determinando, por conseguinte, que juízes e tribunais inferiores convalidem condutas processuais atípicas – quanto à forma, ao lugar ou ao tempo – e procedimentos desconformes ou, em outras palavras, vedando que eles sejam anulados.

4.4 CONCLUSÃO

O direito processual civil é regido por princípios próprios, que orientam a conformação de seus quatro institutos fundamentais: ação, jurisdição, defesa e processo. São esses princípios e institutos que, desde o século XIX, particularizam o processo como disciplina autônoma no âmbito da ciência jurídica.

Por isso, diz Eduardo Couture, toda lei processual é, antes de tudo, o desenvolvimento de um princípio processual enunciado pela Constituição.⁸⁶² De sorte que a interpretação das leis processuais consiste na extração de um sentido que não se resume a descobrir a razão de ser dos seus textos escritos, mas sim em definir seu significado dentro do sistema de princípios do direito processual traçado pela Constituição.⁸⁶³

Na esfera do direito processual civil, a necessidade de os precedentes – fruto da atividade interpretativo-criativa dos tribunais superiores dotada de eficácia vinculante – conferirem maior grau de cognoscibilidade, previsibilidade e calculabilidade à legislação processual fica ainda mais evidente, na medida em que, conforme ressalta Elio Fazzalari, não raro, um artigo de lei pode não esgotar a disciplina de determinados comportamentos processuais, hipótese em que se estará apenas diante de uma “fração da norma” que, associada a outras, permitirá encontrar a norma inteira, isto é, a completa disciplina de uma certa conduta.⁸⁶⁴

Uma das principais formas de realizar a segurança-cognoscibilidade, previsibilidade e calculabilidade no processo é garantindo que o ordenamento jurídico processual não retroaja. Essa é a finalidade da moderna regra contida no art. 14 do CPC/2015, que assegura não apenas

⁸⁶² COUTURE, Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 40.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 40.

⁸⁶⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 113.

a irretroatividade das normas processuais previstas em lei, mas também das exaradas em precedentes do STF, do STJ, do TST e do TSE.

Isso implica dizer que novas teses processuais firmadas por esses tribunais, por ocasião de viragens jurisprudenciais, gozam de eficácia imediata, incidindo nos procedimentos em curso a partir de sua publicação; os efeitos dos comportamentos processuais praticados antes do *overruling*, em conformidade com a *ratio decidendi* revogada, não são atingidos pela nova tese.

Além do mais, o contraditório milita igualmente contra a retroatividade dos efeitos dos precedentes revogadores de teses processuais. Em sua marcha para frente, assegurada pelas preclusões⁸⁶⁵, o processo, pautado pelo contraditório, enseja o surgimento, a modificação e a extinção de direitos, faculdades, obrigações, ônus, deveres e sanções processuais, independentemente de qualquer manifestação judicial⁸⁶⁶, conforme se infere da leitura conjugada e ampliada dos arts. 7º e 200 do CPC/2015.

Destarte, a prática de um ato processual ou sua abstenção – assim como a ocorrência de um simples fato processual, como o decurso do tempo ou a morte – produz efeitos processuais de diversas ordens.

O ato de propor a ação gera, *v.g.*, o efeito instantâneo de instaurar o processo, formando-se a relação jurídica processual entre o autor e o juiz e, concomitantemente, criando para o juiz o dever de se pronunciar sobre a admissibilidade do procedimento, deferindo ou não a petição inicial. Deferida a petição inicial, brota *ipso iure* o direito subjetivo do réu de ser regularmente convocado para integrar a relação processual, por meio da citação.⁸⁶⁷ Citado, eflui a prerrogativa do réu de apresentar defesa, no prazo e na forma da lei. A apresentação da contestação acarreta efeitos processuais⁸⁶⁸, assim como a sua não apresentação.⁸⁶⁹ Indeferida a petição inicial, surge para o autor o direito ao recurso, que, se interposto, devolve ao juiz a obrigação de manifestar-se, fundamentadamente, sobre a possibilidade de retratar-se, em vista das razões apresentadas na apelação.⁸⁷⁰ E assim por diante.⁸⁷¹

⁸⁶⁵ *v.g.* Arts. 223 e 1.000 do CPC/2015.

⁸⁶⁶ Ressalvado o pedido de desistência, que pressupõe homologação judicial para surtir efeitos, como determina o art. 200, parágrafo único, do CPC/2015.

⁸⁶⁷ Art. 238 do CPC/2015.

⁸⁶⁸ Como tornar controversos os fatos alegados pelo autor.

⁸⁶⁹ Art. 344 do CPC/2015.

⁸⁷⁰ Art. 331 do CPC/2015.

⁸⁷¹ Também o juiz tem poderes, deveres e se submete a variadas situações jurídicas processuais (arts. 139 a 142). Apresentadas as razões finais na audiência de instrução, surge para as partes o direito à sentença e para o juiz o dever de proferi-la (art. 366); exarada a sentença, extingue para o juiz a prerrogativa de exará-la novamente, surgindo para as partes a faculdade de impugná-la pelas vias recursais (art. 494).

A todo tempo, o dinamismo do procedimento – concebido como ato jurídico complexo de formação sucessiva desenvolvido em contraditório – é caracterizado pela constante sucessão de atos ou fatos processuais, cuja eficácia normativa não pode ficar à mercê de eventuais mudanças de entendimento implementadas pelos tribunais superiores no porvir.

A toda evidência, a legitimidade das alterações de precedentes pressupõe o respeito ao contraditório, sobretudo sob a vertente da participação efetiva na construção da solução de mérito.

Portanto, não resta dúvida de que, mais do que em qualquer outro ramo do direito material, na esfera do direito processual civil, o emprego da técnica modulatória inscrita no art. 927, §3º, do CPC/2015, não é uma faculdade, mas sim uma obrigação. Os tribunais superiores têm, portanto, o dever jurídico de modular os efeitos de suas modificações de precedentes envolvendo a interpretação da legislação processual civil, concorrendo, assim, para promover a irretroatividade do Direito.

A regra inflexível, à semelhança do que ocorre com a superveniência de nova lei processual, é a atribuição de efeitos prospectivos (*ex nunc*) às novas teses processuais, que não poderão retroagir, sob pena de derrubarem o alicerce do direito processual civil – representado pelo contraditório –, além de malferir direitos processuais adquiridos, atos processuais perfeitos e situações processuais consolidadas sob a égide da norma pretoriana (*ratio decidendi*) contida no precedente revogado, que serviu de pauta de conduta processual objetiva para as partes, juízes e terceiros interessados que integravam o processo.

Não bastasse isso, compreendida à luz do princípio da instrumentalidade do processo, a técnica traçada no art. 927, §3º, do CPC/2015 pode ser aplicada, por analogia, até mesmo para restringir a retroatividade do primeiro precedente uniformizador da jurisprudência dos tribunais superiores, cristalizando outra nota distintiva do direito processual civil em tema de modulação temporal de decisões judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transposição analógica das regras de direito intertemporal que regem a sucessão de leis no tempo para o campo dos precedentes oriundos dos tribunais superiores, a fim de garantir a irretroatividade do ordenamento jurídico brasileiro como um todo, foi a proposta central que iluminou este trabalho.

A compreensão da alvissareira regra contida no art. 927, §3º, do CPC/2015, a partir de disposições objetivas ditadas pelo direito intertemporal e do modelo constitucional de processo – precipuamente encarado sob o prisma da segurança jurídica (cognoscibilidade, previsibilidade e confiabilidade) e do reconhecimento dos precedentes como fonte criativa do Direito sacramentado pelo CPC/2015 – é essencial para o bom uso da técnica de modulação dos efeitos de decisões judiciais fora da jurisdição constitucional desempenhada pelo STF, de forma abstrata e concentrada.

O recurso exclusivo ao direito intertemporal, como mecanismo norteador da aplicação do art. 927, §3º, do CPC/2015, diminui consideravelmente a margem de discricionariedade dos tribunais superiores, que, ressalvadas as exceções legais à irretroatividade do Direito, não poderão “deixar de modular” os efeitos de seus precedentes revogadores de anteriores teses vinculantes.

Com efeito, a modulação balizada pelo princípio da irretroatividade afasta quaisquer discussões de matiz subjetiva – ligadas, *v.g.*, ao efetivo conhecimento de certa tese anterior ou ao gradual enfraquecimento de determinado precedente, argumentos comumente invocados pela doutrina como fundamento necessário para configurar a eliminação da confiança ou para torná-la injustificada a partir de algum dado momento, cuja verificação é geralmente muito difícil ou imprecisa –, que, ao fim e ao cabo, trazem mais problemas do que soluções e, por isso, não contribuem para promover a segurança jurídica no seio da sociedade.

Técnicas intermediárias, como o *anticipatory overruling*, o *signaling* e o julgamento-alerta também não concorrem para robustecer a segurança-cognoscibilidade, previsibilidade e calculabilidade, pois, na prática, findam por aguçar incertezas ao redor daquilo é tido, em certo momento histórico, como um comportamento conforme ao Direito conglobantemente considerado.

Na esfera processual civil, *v.g.*, técnicas decisórias desse gênero podem ensejar fundadas dúvidas acerca do modo, do tempo ou do lugar de praticar um ato processual ou do procedimento a ser empregado para atingir um fim específico.

Qual seria a utilidade de o STF sinalizar que está considerando a possibilidade de, no futuro próximo, modificar um entendimento, sedimentado em precedente de sua lavra, sobre o alcance da regra prevista no art. 109, I, da Constituição, cuja questão jurídica controvertida versa, *v.g.*, sobre a competência para processar e julgar ações envolvendo a concessão de benefícios previdenciários acidentários? O que deveria fazer o sujeito interessado em ingressar com sua ação? Ajuizar, desde logo, sua ação na Justiça Federal de acordo com o que “sinalizado” pela corte – correndo o risco da mudança não se concretizar – ou seguir o entendimento formalmente em vigor – externado por meio de recurso extraordinário julgado sob o regime da repercussão geral – que fixa a Justiça Estadual como órgão competente?

A resposta mais sensata será sempre seguir o precedente ainda formalmente em vigor, que reflete o direito processual vivente em torno da matéria.

Sinalizar ou alertar que um precedente pode ser modificado equivale a sinalizar ou alertar que uma lei ou um decreto pode vir a ser alterado. Não se vislumbra vantagem alguma em anunciar previsões, pretensões ou expectativas desse tipo, que, aliás, podem jamais se confirmarem.

A modulação dos efeitos de novos precedentes – cuja *ratio decidendi* substitui a anteriormente vigente – será, via de regra, suficiente para instrumentalizar a transição entre passado, presente e futuro, sem rupturas com o *status quo* e sem abalar as estruturas do ordenamento jurídico.

Naturalmente, a utilização das regras de direito intertemporal para disciplinar a “sucessão de precedentes no tempo” não eliminará todas as críticas, verificadas no país e no exterior, relacionadas à aplicação de técnicas veiculadoras de alguma espécie de *prospective overruling*. Questões concernentes ao interesse de agir na esfera recursal extraordinária, à aplicação, ou não, do novo entendimento no caso concreto em que se operou a modulação e, ainda, ao eventual favorecimento de litigantes habituais – aqueles que mais podem se beneficiar de mudanças de precedentes com eficácia prospectiva – continuarão de pé por muito tempo.

Todavia, o fato incontestável é que a modulação dos efeitos de precedentes promotores de guinadas jurisprudenciais melhor realiza valores fundamentais do Estado de Direito, como a segurança jurídica e a igualdade, do que a aplicação retroativa desses novos precedentes, que, em uma nota, implica apagar o passado. E, assumindo abertamente posição contrária à retroação da eficácia desses novos precedentes, a leitura mais proveitosa do art. 927, §3º, do CPC/2015, é a ora defendida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *As formas orgânicas da praxe forense*. São Paulo: Papeleria Guarany de Maciel & Comp., 1897.

_____. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Considerações sobre a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.665/2018). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, out./dez. 2018, p. 147-174.

ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ARRUDA ALVIM. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, a. 24, n. 96, out./dez.1999, 37-44.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro*. Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. *Revista de Informação Legislativa. RIL*, v. 55, n. 217, jan./mar. 2018, p. 135-156.

_____; GONÇALVES, Gláucio Maciel. O *prospective overruling* nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 258, ago. 2016, p. 357-385.

_____. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ATAÍDE JR. Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *antecipatory overruling* no Direito brasileiro. *Revista de Processo*, n. 236, out./2014, p. 279-301.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, n. 163, 2008, p. 50-59.

_____. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Os assentos no direito processual civil*. Tese (Curso de Especialização na Cadeira de Processo Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1968.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Súmula, jurisprudência, precedentes: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 35, ano VI, mai./jun. 2005, p. 05-16.

BARBOSA, Rui. Leis retroativas e interpretativas no Direito brasileiro. In: BRASIL, Ministério da Educação e Saúde. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. XXV, t. IV. Rio de Janeiro, 1898.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS MONTEIRO, Washington. Da jurisprudência. *Revista Forense*, v. 202, abr./mai./jun., 1963, p. 373-374.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do Direito Material sobre o Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, n. 60, out./dez. 1990, p. 30-43.

BINENBOJN, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 203-224.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Impe. E Const. De J. Villeuneve E. C., 1857.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

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

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no Direito Processual. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, abr./jun. 2015, p. 19-43.

_____; CRAMER, Ronaldo Cramer (org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Direito processual civil intertemporal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. I. Trad. de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *La Cassazione Civile: disegno generale dell'istituto*. v. II. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1920.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Súmula Vinculante. *Revista Ciência Jurídica*, ano XIII, v. 85, jan/fev. 1999, 279-295.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 113-134.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPONI, Remo. Prospective overruling: bilancio di una vicenda. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 12, v. 19, n. 2, mai./ago. 2018, p. 173-183.

_____. Tempus regit processum: um appunto sull'efficacia delle norme processual nel tempo. *Rivista di Diritto Processuale*. apr./giu. 2006, p. 449-462.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 33-73.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v.1. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1942.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v.2. São Paulo: Saraiva & Cia Editores, 1943.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Minime riflessioni di ordine sistematico in tema de perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, anno LXVII, 2013, p. 525-540.

_____. Valori etici e ideologie del ‘giusto processo’ (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, set. 1998, p. 887-938.

COSTANTINO, Giorgio. Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI, n. 5, 2011, p. 1074-1097.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista do Ministério Público*, n. 45, p. 35-60.

COUTURE, Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 113. (p. 97-131).

_____. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR. et al (Coord.). *Precedentes*. Grandes Temas do novo CPC. v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 445-457.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante do STJ (art. 927, §3º, do novo CPC). In: ARAÚJO, Raul; MARCONI, Cid; ROCHA, Tiago Asfor (org.). *Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 109-127.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CURRIER, Thomas S. Time and Change in Judge-Made Law: prospective Overruling. *Virginia Law Review* 51, n. 2, mar. 1965, p. 201-272.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Recurso Extraordinário representativo de controvérsia e decisão com eficácia erga omnes: o art. 52, X, da CF. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 126, set. 2013, p. 94-123.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noesis, 2009.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3, 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. O juízo de admissibilidade na Teoria Geral do Processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. VI, p. 322-354.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas/SP: Bookseller, 2006.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 1-32.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*. n. 17. Madrid, 2001, p. 31-45.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *O direito, a lei e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

FRIEDMANN, Wolfgang. Limits of judicial lawmaking and prospective overruling. *The Modern Law Review*, november 1996, p. 593-607.

FUX, Luiz. *Teoria geral do Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GABOARDI, Marcello. Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, 435, 2017, p. 01-21 (PDF).

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2000.

_____. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso Especial Repetitivo: A obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, jan./jun 2012, p. 127-137.

GOLDSTEIN, Lawrence (editor). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: introdução ao Direito Processual Civil*. v I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI; GOMES FILHO; Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *Revista da DPU*, nov./dez. 2004, p. 25-50.

IMPAIRMENT of contract obligation by change of decision by State Court (Note). *Columbia Law Review*. v. 3, n. 4, apr. 1903, p. 272-274.

JAYME, Fernando Gonzaga. *A supranormatividade dos Direitos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

_____; MAIA, Renata C. Vieira; LIPIENSKI, Marcos Vinícius; A resiliência jurisprudencial na observância do dever de fundamentação das decisões. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 401-413.

_____; _____. VARGAS, Cirilo Augusto. Da decisão-surpresa no Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, n. 221, jan./mar. 2019, p. 13-36.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria das nulidades do Direito Administrativo. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, fev. 2019.

KNIJNIK, Danilo. *O recuso especial e a questão da revisão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 21, 1983, p. 13-20.

LACERDA, Galeno. *O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *Théorie Systématique des Droits Acquis: conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904.

LEVY, Beryl Harold. Realist jurisprudence and prospective overruling. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 109, nov. 1960, p. 01-30.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents – A comparative study*. London: Aldershot (Ing.): Dartmouth, 1997.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 926 a 975*. v. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Julgamento das Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-Princ%C3%ADpio-da-Seguran%C3%A7a-dos-Atos-Jurisdicionais-MARINONI.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 93-112.

MALLET, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez. 2006, p. 281-298.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

McCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? *The Juridical Review*, 1966, 196-213.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. 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 Editora, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coords.). *Tratado de Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 243-274.

NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 75-107.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NICOL, Andrew. Prospective overruling: a new device for English courts? *Modern Law Review*, sep. 1976, p. 542-560.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Por uma sistematização da recente mudança da LINDB pela Lei nº 13.655/2018. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 7, n. 18, mai./ago. 2018, p. 13-30.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, v. 187, set. 2010, p. 181-230.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. v. 1, 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POIRIER, Mireille. À propôs des revirements de jurisprudence: cris et chuchotements. *Le Droit Ouvrier*, sep. 2008, p. 457-468.

POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLERBERGHE, Beatrix (editors). *The effects of judicial decisions in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.

Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts (Note). *71 Yale Law Journal*, 1962, p. 907-951.

PUGSLEY, David F. Origine della regola dello stare decisis. In: VINCENTI, Umberto (org.). *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*. Padova: Cedam, 1998, 235-252.

PUNZI, Carmine. Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI, n. 6, 2011, 1337-1355.

RE, Edward D. Stare decisis. *Revista de Informação Legislativa*. n. 122, mai./jul. 1994, p. 281-287.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução ao estudo do Direito Civil*. t. I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier – Livreiro Editor, 1880.

ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breves questões sobre direito transitório no novo CPC. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). *Direito intertemporal (Grandes temas do novo CPC)*. v.7. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 49-67.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

RUFFINI, Giuseppe. Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e giusto processo. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 6, 2011, p. 1390-1406.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 28, 2005, p. 89-148.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press., 2009, p. 37-38.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SOARES, André Mattos. *Direito intertemporal e o novo processo civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

SOUZA, Artur César de. *Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015.

SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes judiciais no direito republicano. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga (org.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: Estudos em homenagem à professora. Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 723-756.

STEINER, Eva (editor). *Comparing the prospective effects of judicial rulings across jurisdictions*. Heidelberg: Springer, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Funzioni e problemi attuali della corte di cassazione. *Il vertice ambiguo: sagui sulla Cassazione civile*. Bolonha: Il Mulino, 1991.

_____. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. a. VIII, n. 46, jan./fev. 2012, p. 93-115.

_____. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199, 2011, 139-155.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1, 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: *30 anos da CF e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 303-335.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TRAYNOR, Roger J. Quo Vadis, prospective overruling: a question of judicial responsibility. 50 *Hastings L. J.* 771, 1998-1999, p. 771-804.

TUNC, André. La Cour Suprême Idéale. In: *La Cour Judiciaire Suprême: une enquête comparative*. Paris: Economica, 1978, p. 433-471.

VERDE, Giovanni. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpelove. *Rivista di Diritto Processuale*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, anno LXVII, n. 1, gennaio/febbraio. 2012, p. 06-20.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1090-1144.

_____. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, n. 137, jul. 2006, p. 134-138.

_____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. Princípios e temas gerais do processo civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda

Alvim (org.). *Doutrinas Essenciais do processo civil*. v. I São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 245-294.

_____; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. *Quieta movere: interpretative change in a codified system*. In: CANE, Peter; STAPLETON, Jane (orgs.). *The law of obligations*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 285-315.