

LETÍCIA DE MATTOS SCHRODER

**SEGURANÇA JURÍDICA E JURISPRUDÊNCIA: DA DICOTOMIA À
OTIMIZAÇÃO**

**JACAREZINHO
2014**

LETÍCIA DE MATTOS SCHRODER

**SEGURANÇA JURÍDICA E JURISPRUDÊNCIA: DA DICOTOMIA À
OTIMIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito

Orientador: Professor Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi

**JACAREZINHO
2014**

DEDICO ESTA DISSERTAÇÃO

Ao meu filho Bernardo, que ainda dentro do meu ventre já me fez ter uma nova dimensão da vida, do amor e da felicidade. Ao meu marido Jurandir, por fazer parte deste e de tantos outros momentos especiais, sempre disposto a compreender e, sobretudo, amar incondicionalmente. Aos meus pais, meus maiores incentivadores: dar orgulho a vocês sempre foi minha mola propulsora, até mesmo como forma de retribuir todo carinho, amor e dedicação de toda a vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, Pai Supremo, pelo dom da vida e pela força e amparo para segui-la conforme sua vontade;

Aos meus pais Walter e Eloisa, à minha irmã Larissa e ao meu marido Jurandir, pelo apoio, incentivo e principalmente compreensão com as dificuldades e privações inerentes e necessárias à conclusão do mestrado;

Ao meu orientador, prof. Dr. Eduardo Cambi, pela atenção sempre despendida, e também pelo exemplo de vida acadêmica e profissional irreparáveis;

A todos os professores do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, pelos valiosos ensinamentos.

As Faculdades Integradas de Itararé, pelo voto de confiança e pelo estímulo para o ingresso e conclusão deste programa;

Aos queridos colegas da IX Turma, pelos maravilhosos e inesquecíveis momentos, que me davam força para continuar fazendo com que todos os percalços se tornassem tão amenos ao ponto de, hoje, até eles serem lembrados com um sorriso.

À meiga e doce Natalina, pela disponibilidade e atenção de sempre.

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

SCHRODER, Leticia de Mattos. *Segurança jurídica e jurisprudência: da dicotomia à otimização*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2014.

RESUMO

Visa o presente trabalho analisar a crise da segurança jurídica ocasionada pelo uso de jurisprudência pela qual passa o ordenamento jurídico brasileiro, bem como encontrar meios hábeis para amenizá-la. Para tanto utiliza o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, e também análise de alguns julgados paradigmáticos. Na primeira seção aborda a segurança jurídica, seus principais contornos e aspectos e a sua relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro e para o Estado Democrático de Direito. A segunda seção tem como foco o estudo do sistema jurisprudencial do Brasil e suas implicações na segurança jurídica. Analisa, para tanto, as principais premissas inerentes à utilização de jurisprudência, inclusive com breves incursões ao *common law*, sistema de onde é inspirada. Analisa ainda a crise da segurança jurídica, seus principais motivos e reflexos. Na terceira e última seção estuda as possibilidades para o resgate da segurança jurídica dada a viabilidade de manutenção do sistema jurisprudencial. Neste contexto, examina o instituto da modulação temporal e da limitação dos efeitos da decisão como uma possível solução. Ao final, traça o sintético registro das conclusões obtidas.

Palavras-chave: Jurisprudência. Segurança Jurídica. Crise e resgate.

SCHRODER, Letícia de Mattos. *Legal security and jurisprudence: from the dichotomy to optimization*. Thesis (Master of Juridical Science) – University of Northern Paraná, Jacarezinho-PR, 2014.

ABSTRACT

This study aims to analyze the crisis of legal certainty caused by the use of case law in which passes the Brazilian legal system, as well as finding skillful means to brighten up it. For both issues it is used the deductive method, literature and documents, and also some paradigmatic judged analyses. The first section discusses the legal security, its main aspects and relevance within the Brazilian legal system and the Democratic State. The second section focuses on the study of the Brazilian judicial system and its implications for legal certainty. Analyzes, therefore, the main assumptions inherent in the use of case law, including brief incursions into the common law system, in which it is inspired. The present work also examines the crisis of legal certainty, its main motives and reflections. In the third and final section, studies the possibilities to rescue the legal certainty being it necessary for a judicial system maintenance. In this context the institute examines the temporal modulation and the limited effects of the decision as a possible solution. In the end, traces the synthetic record of conclusions.

Keywords: Jurisprudence. Legal security. Crisis and recovery.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A SEGURANÇA JURÍDICA	10
1.1 Significado: principais contornos	10
1.2 A segurança jurídica e o Estado de Direito	20
1.3 Aspectos da segurança jurídica	24
1.4 A segurança jurídica no ordenamento brasileiro	29
1.4.1 Institutos e previsões legislativas	30
2 O SISTEMA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO E SUAS IMPLICAÇÕES NA SEGURANÇA JURÍDICA	37
2.1 A utilização da jurisprudência no ordenamento brasileiro	37
2.1.1 Histórico e Justificativas	39
2.1.2 A relação com o princípio da segurança jurídica	49
2.1.2.1 <i>Common law</i> , <i>civil law</i> e o tratamento despendido à segurança jurídica	52
2.2 A crise da segurança jurídica	56
2.2.1 A relativização da coisa julgada	59
2.2.2 A falta de uniformidade das decisões judiciais	67
2.2.3 A instabilidade das decisões judiciais	74
2.2.3.1 Alguns casos concretos	74
2.2.3.2 As implicações endo e exprocessuais	80
3 A MANUTENÇÃO DO SISTEMA JURISPRUDENCIAL E O RESGATE DA SEGURANÇA JURÍDICA	86
3.1 A manutenção do sistema	86
3.2 A estabilidade e a vivacidade do sistema jurisprudencial	89
3.2.1 Brevíssima visita ao <i>common law</i>	91
3.3 A eficácia temporal da jurisprudência e a modulação de efeitos	96
3.3.1 O instituto da modulação temporal: previsão e incidência no ordenamento brasileiro	96
3.3.2 A expansão das possibilidades de modulação	100
3.4 O resgate da segurança jurídica	109
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS	119

INTRODUÇÃO

O emprego da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro é fenômeno notório e indiscutível.

À nossa legislação cada vez mais se incorporam dispositivos que dão claras mostras da gradual assunção de destaque e relevância da jurisprudência no curso processual, em especial com a utilização das chamadas súmulas, as quais, após a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, podem até mesmo assumir efeito vinculante.

Sua adoção é uma das grandes tendências no processo legiferante, tanto que pode ser sensivelmente percebida na tão debatida e aclamada Reforma do Processo Civil, da qual, aliás, constitui-se em um dos grandes pilares.

A admissão da jurisprudência traduz uma verdadeira evolução nas bases tradicionalistas do direito brasileiro, sabidamente inspiradas no *civil law*, e representa uma sensível aproximação entre este modelo e o vigente nos países de *common law*.

Em verdade, a propensão ao seu emprego surgiu como meio encontrado para superar diversas deficiências no sistema jurídico, decorrentes das mudanças da sociedade e do próprio direito, que o modelo originário adotado, por si só, não estava hábil a solucionar. Aliás, muitas destas deficiências surgiram como consequência da própria adoção do sistema *civil law* ou civilista no Brasil.

Dentre estas, uma das de maior destaque e relevância é a questão da segurança jurídica. Isso porque, percebeu-se que a tradição *civil law*, muito embora concebida como fonte de segurança jurídica pela certeza e previsibilidade das leis, quando exclusivamente aplicada à realidade brasileira resulta justamente no inverso, ou seja, insegurança jurídica. Tal assertiva se deve, superficialmente, à constatação de que as diversas interpretações dadas por variados juízes a casos idênticos geram uma indesejável e nociva instabilidade no sistema jurídico.

Como amplamente difundido, a segurança jurídica, muito embora não prevista expressamente na Constituição Federal, é hodiernamente considerada um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, porquanto diretamente relacionada à noção de dignidade da pessoa humana.

Dada sua condição de direito fundamental, a garantia da segurança jurídica em sua amplitude de reflexos é objeto de constante preocupação dos mais renomados juristas e estudiosos do direito.

De forma inegável, umas das vertentes de maior destaque é a correlação e implicações da tendência precedentalista na segurança jurídica, justamente pelo aspecto inovador que a jurisprudência representa no sistema jurídico brasileiro, inclusive no que tange às fontes tradicionais do direito.

Quase unânime é o entendimento de que a utilização da jurisprudência vai ao encontro da segurança jurídica. Todavia, diante da maciça e corrente inserção em nosso ordenamento de um verdadeiro sistema precedentalista, urge-se encontrar soluções ou até mesmo regulamentação para prováveis e iminentes problemas decorrentes de sua implementação.

No centro desta torrente, releva-se a preocupação com a estabilidade das decisões que geram a jurisprudência consolidada.

Se a jurisprudência já é por muitos admitida como fonte do direito, também a ela deve ser conferida a estabilidade e previsibilidade que se destina à lei, a fim de que os jurisdicionados possam não só ter bases para pautarem suas condutas, como também assumirem um risco calculado quando demandarem judicialmente.

Diante disso, a pesquisa cinge-se, em resumo, dentro da ótica processual civil, à verificação da crise da segurança jurídica decorrente de uma indevida utilização da jurisprudência e os respectivos meios de solucioná-la, notadamente no que tange à falta de estabilidade, buscando-se, através de um estudo globalizado de todo o sistema jurídico, chegar-se a conclusões palpáveis que vão ao encontro dos anseios sociais e da promoção de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Utilizou-se, para tanto, o método dedutivo, partindo-se de premissas gerais sobre a segurança jurídica e o uso da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro para se chegar às conclusões obtidas.

As técnicas utilizadas foram a bibliografia indireta, por meio da análise de doutrinas, revistas jurídicas e demais publicações científicas, e a documental, por intermédio da análise de leis como a Constituição Federal, o Código de Processo Civil, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, dentre outros.

1 A SEGURANÇA JURÍDICA

1.1 Significado: principais contornos

A busca por segurança é algo inerente ao homem. Uma mínima posição de conforto e estabilidade é necessária para que se possa planejar e seguir a vida cotidiana.

Dentre as definições trazidas por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira para a palavra segurança, se encontram “convicção; certeza; confiança” (2008, p. 730).

No seio social, estes valores são perseguidos sob os mais diversos aspectos, daí porque também a segurança ser vista e tutelada pelo ordenamento jurídico em suas diversas vertentes.

Apenas a título ilustrativo, podem-se citar a segurança pública, a segurança pessoal, a segurança financeira e, de especial relevo para o presente trabalho, a segurança jurídica.

O reconhecimento positivado do valor segurança vem desde as grandes revoluções¹ que culminaram com a queda do absolutismo, ocasião em que se elegeu como uma das prioridades a garantia aos cidadãos de que não teriam suas vidas afetadas por arbitrariedades.

Pode-se perceber que há uma mutação dentro da época medieval até a modernidade com relação ao processo de criação das leis e sua aplicação. Num primeiro momento, a sociedade feudal une a ideia de direito com a de justiça, enquanto que a modernidade reduz o direito à lei, dissociando-a da concepção de justiça.

Por isso, Grossi (2007) entende que a lei perde seu conteúdo no Estado Moderno, por ser legitimado pelo monarca. Não se baseia na concepção de justo da sociedade civil. Assim, as leis passam a serem respeitadas porque possuem uma espécie de crédito e não por estarem galgadas de justiça. As leis são envoltas sob o manto da autoridade apenas.

Hespanha (2005) enxerga o direito como um discurso de legitimação na sua essência, precisando de um consenso social para que seja obedecido. Dessa

¹ Dentre as quais se pode citar principalmente a Revolução Francesa e a Revolução Inglesa.

forma, o direito teve papel fundamental em diversas épocas, sendo exercido de modo diferente em cada uma delas. Exemplo disso, era durante o antigo regime acreditava-se que a durabilidade das normas estavam relacionadas com o tempo. Só eram legítimas as normas tradicionais, uma vez que eram praticadas por muito tempo, dando possibilidade do direito justo ser legitimado.

Já no século XIX, o direito é usado para proteger o Estado das inovações de cunho legislativo, disfarçadas de supostos valores nacionais, sendo traduzidas no espírito da nação. O equívoco aqui se dava quando havia confusão entre a vontade do povo e a vontade do legislador. (HESPANHA, 2005).

Esta garantia residia, basicamente, na previsão legal² e, a partir de então inafastável, de proteção à segurança. A previsão, entretanto, dava-se em termos genéricos, sem maiores delineamentos às suas variadas formas de garantia e tutela.

No que tange à segurança jurídica, aliás, a imprecisão e muitas vezes a ausência de expressa previsão legal são constantes notáveis inclusive no direito contemporâneo.

Nem mesmo no âmbito internacional há específica previsão legal sobre a segurança jurídica. Há a previsão e a tutela de um direito geral à segurança, a exemplo do que se vê na Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (artigo 3º), no Pacto Internacional da ONU de Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 9º) e da Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969 (artigo 7º, nº 1).

Daí porque a conceituação da segurança jurídica é árdua, senão impossível tarefa. Por esta razão busca-se no presente trabalho apenas a apresentação dos principais contornos que margeiam a mais ampla significação que se lhe possa atribuir, sempre com a análise focada no ordenamento jurídico pátrio.

Apesar de não expressamente prevista em nenhum ato normativo, a segurança jurídica é, há tempos, reconhecida em nosso ordenamento como um valor constitucional, e como um direito fundamental como adiante se verá.

Este reconhecimento, entretanto, é hermeneuticamente extraído de dispositivos constitucionais, que o levam à categoria de princípio constitucional implícito (ÁVILA, 2011).

² Em especial nos países de *civil law*, como adiante se verá.

Já na Constituição Federal de 1824 se consagrava a segurança jurídica como uma garantia tacitamente extraída do art. 179, XXVIII, que contemplava como uma das maneiras de se garantir a inviolabilidade “dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade” que as disposições nesse sentido não teriam efeito “retroactivo”.

Desde então a irretroatividade da lei consagrou-se como um dos maiores corolários da segurança jurídica, valor este que, aliás, permanece até hoje com a mesma relevância, apesar de doutrinariamente analisado de forma mais abrangente, como se verá neste trabalho.

O mesmo ideal se manteve na Constituição de 1891, onde se vedou, no artigo 11, a União e Estados a prescrição de leis retroativas.

Na Constituição de 1934, a ideia de irretroatividade foi aperfeiçoada e ampliada, ganhando os contornos que ainda se verificam presentes no atual texto constitucional. Naquela Carta previa-se, no art. 113, “3”: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Após a referida Constituição, sobreveio a Carta de 1937, sabidamente reflexo dos regimes totalitários aos quais era simpático o então presidente Getúlio Vargas. Por este motivo, e pelo tratamento que estes regimes despendiam a valores democráticos e garantistas, o texto constitucional suprimiu a até então assegurada segurança jurídica (ARAÚJO; MOREIRA, 2009).

As subsequentes Constituições de 1946 e 1967 retomaram, em termos de segurança jurídica, a premissa da proteção à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, ideal que se manteve também na posterior Constituição de 1988.

Nosso atual texto constitucional, entretanto, inovou ao elencar essa proteção dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, mais especificamente no art. 5º, XXXVI, onde se determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Essa previsão é, em síntese, o maior fundamento ao princípio da segurança jurídica.

A ele ainda se somam outras disposições constitucionais, tais como a do princípio da legalidade, da legalidade e anterioridade em matéria penal e o da

irretroatividade da lei penal desfavorável, todos eles também inseridos no art. 5º da Constituição Federal, respectivamente nos incisos II, XXXIX e XL.

Estas, em verdade, são os valores que, para Humberto Ávila (2011), são vistos em uma interpretação indutiva para a construção do princípio da segurança jurídica. Além deles, deve-se ter em mente também uma interpretação indutiva do Estado de Direito (art. 1º). Todos a evidenciar que a Constituição Federal quis garantir um certo ponto seguro de previsibilidade e proteção das expectativas legitimamente constituídas, que devem ser resguardados do exercício da atividade estatal.

Todavia, por ora a análise na tentativa de se traçar os principais contornos da segurança jurídica cingir-se-á à previsão do art. 5º, XXXVI da Constituição Cidadã.

Diante da já mencionada ausência de expressa previsão, que se alia a uma amplitude de interpretações e análises oriundas da natureza do texto normativo e, principalmente, da respectiva localização, abre-se uma gama de possibilidades para um melhor e mais aprofundado estudo do princípio em tela.

A primeira questão que se afigura é justamente a abordagem do conteúdo e alcance do dispositivo.

Ao contemplar referida previsão que, como visto, já era consagrada em textos constitucionais anteriores, o legislador constituinte quis conferir aos cidadãos uma mínima garantia de estabilidade e continuidade. Uma proteção para que pudessem organizar suas vidas, seu atos, seus negócios, dentro de uma segura margem de previsibilidade. Ou seja, para que não fossem surpreendidos com abruptas mudanças que interferissem em tudo quanto já planejado e realizado.

De fundamental importância, neste particular, ressaltar a doutrina de Carlos Francesco Gabba (1891) e de Paul Roubier (1929). A primeira se baseia na teoria da proteção do direito adquirido, que nada mais é do que a admissão da retroatividade como sendo natural desde que seja considerada justa, não atingindo os direitos adquiridos. O direito adquirido funcionaria como o único limitador da eficácia da lei nova. Assim, se o direito adquirido não deveria ser usado como parâmetro para se estabelecer o conceito de retroatividade, se torna fundamental para a determinação das hipóteses de ultratividade da lei revogada.

Já a segunda doutrina se pauta no efeito imediato e não retroativo da atuação no presente sobre fatos e relações advindas do passado. Determinada

lei nova atingiria todos os fatos e relações em curso, não retroagindo sobre fatos ocorridos antes de seu advento. A resolução do conflito de leis no tempo se daria de modo que a lei dispõe sobre um fato ocorrido no passado, retroagindo de modo a incidir na vedação do artigo 2º do Código de Napoleão. Paul Roubier (1929) deixa de lado a concepção de direito adquirido e passa a se utilizar da situação jurídica. A análise se dá se a lei adveio antes ou depois de dada situação jurídica.

O Brasil se preocupa com o direito intertemporal de modo a aplicar a lei nova desde já em todos os fatores pendentes e anteriores, respeitando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Para isso elegeu estes valores como premissas básicas para garantia de segurança à vida em sociedade.

A despeito do ato jurídico perfeito, dá-se com base no comprometimento do Estado com a paz e a justiça social, demonstrando sua estabilidade e organização política, visto que tenta prover de segurança as relações jurídicas, combatendo assim o caos. Por isso, o ato jurídico perfeito e acabado tem por escopo a definitividade, a respeitabilidade e a exigibilidade (SERPA LOPES, 1996).

Dessa forma, quando a Constituição Federal garante a segurança na estabilidade das relações jurídicas em seu artigo 5º, inciso XXXVI, está abarcando também o ato jurídico perfeito.

O ato jurídico perfeito seria o fundamento ou título que faz despontar o direito subjetivo. Este, por sua vez, determina-se como sendo todo ato lícito que vise de modo imediato a resguardar, modificar, adquirir, transferir ou extinguir direitos.

Assim, para que o ato jurídico perfeito seja considerado efetivo, deve-se observar se o regime de determinado dispositivo legal torna-se apto para dar impulso aos seus efeitos, verificando-se todos os requisitos considerados indispensáveis para tanto.

A visão civilista consideraria o ato jurídico perfeito como negócio fundado na lei, emanando dela, sendo considerado então um ato jurídico *stricto sensu*.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro assevera em seu artigo 6º que a lei vigente se pautará de efeito imediato e geral, observados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. O parágrafo primeiro elenca

que: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

A especificidade da regência de cada ato conforme seu regime jurídico deve interagir com todo o sistema, sendo o direito interpretado num todo, em especial com a Constituição Federal, que é a norma maior de todo o sistema.

O ato jurídico perfeito foi engendrado pelo constituinte no âmbito formal. A norma vigente exige o cumprimento de todos os seus requisitos para que consiga ser considerado como ato nascido e formado sob a égide de uma determinada lei.

Há uma proteção indireta do direito adquirido, já que a invalidade do ato jurídico advindo de lei nova mais rigorosa modificando a lei no que tange a forma do ato, não poderá ser alegada.

Desta feita, o ato jurídico perfeito aclama o princípio da segurança jurídica na preservação das situações devidamente constituídas quando da vigência da lei anterior, porque, via de regra, a lei nova tem sua projeção apenas para o futuro. Esse fundamento é constitucional no sentido que se pauta na segurança e certeza das relações jurídicas sociais. Assegura-se a convivência social aos cidadãos.

Já o direito adquirido decorre do titular ou alguém que possa exercê-lo por ele. Seria um benefício jurídico, lícito, líquido e concreto que o indivíduo adquire com a legislação em vigor na ocasião, sendo incorporado ao seu patrimônio em definitivo sem contestação (SERPA LOPES, 1996).

A Constituição anterior traz os direitos adquiridos vigentes à época, por intermédio de uma norma constitucionalmente formal, não as extingue se a Constituição nova consagre a mesma definição de direito adquirido. Já se considerada materialmente constitucional, revogam-na se estiver previsão expressa referente a mencionada matéria. Por isso, o direito adquirido é tratado em normas formais.

Considera-se assim o direito adquirido como o que a lei considera integrado de modo definitivo ao patrimônio do titular. Dessa maneira, se determinado sujeito adquire um direito relacionado a vigência de uma referida lei, este se incorpora ao patrimônio do titular, independentemente de ser exercitado ou não. O advento de nova lei não afeta o status conquistado, mesmo que não tenha sido usado.

Não se perde o direito adquirido na vigência da lei anterior por não exercitá-lo. O que não tem a ver com a expectativa de direito, que seria uma mera perspectiva de efetivação de um direito relacionado a acontecimento futuro. Ou seja, caso não haja a realização do evento, não há consolidação do direito.

A previsão constitucional que consagra estes valores é considerada, em primeiro lugar, uma determinação abstencionista ao próprio Poder Legislativo que, ao elaborar suas leis, não poderá violar os referidos valores, tanto no que tange ao conteúdo das leis a serem elaboradas quanto no que diz respeito à vigência dessas leis, cujos termos iniciais e finais ficam condicionados a estas premissas.

Sob esta ótica, pode-se enquadrá-la como um direito de primeira geração, assim definidos como “direitos de defesa, marcando uma zona de não intervenção do Estado” (BREGA FILHO, 2002, p. 22).

Para condicionar a vigência das leis à garantia da segurança jurídica há inclusive previsões infraconstitucionais específicas, como a conhecida Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que oportunamente será abordada neste estudo.

Além do Legislativo, a determinação estende-se ainda, em segundo lugar, aos demais Poderes da República e também aos cidadãos em geral, a quem não só se garante a referida segurança como também se exige o seu respeito no convívio em sociedade.

Juntamente com o destinatário, insta ainda analisar o real sentido e alcance da previsão constitucional.

Como dito, ao condicionar a lei a referidos valores (coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito) institui o legislador constituinte a premissa de estabilidade e continuidade como corolários da necessária segurança jurídica.

Esta premissa, que há pouco se destinava apenas à lei, em uma interpretação restritiva ao texto constitucional, é cada vez mais estendida ao direito como um todo.

Isso porque, já se sabe que a garantia de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada não são suficientes para garantia da estabilidade e continuidade pretendidas pelo legislador.

Para tanto, é necessária a adoção de tais parâmetros como limites ao direito como um todo, abrangendo-se neste contexto inclusive a jurisprudência (NERY JR., 2009).

Insta lembrar que o direito não deixa de ser um produto social, na medida em que ele intervém nos processos sociais, assim como no produto desse processo. Isso aproxima e relaciona o direito com as práticas discursivas, os espaços sociais e os dispositivos de poder em que se insere. Desse modo, busca-se entender os efeitos jurídicos produzidos (HESPANHA, 2005).

Sabe-se que o direito é composto de várias fontes. E prevalece na moderna doutrina o entendimento de que a jurisprudência já figura dentre as fontes primárias do direito, haja vista que, muito embora seja o Brasil filiado à tradição *civil law*, onde impera a lei escrita, verifica-se em nosso ordenamento uma inserção cada vez maior de institutos ínsitos ou inspirados no *common law*³(MANCUSO, 2007).

Exemplo disso é a súmula vinculante, que em muitos casos assume força maior do que a própria lei, tradicionalmente concebida como fonte primária máxima de um ordenamento de *civil law*.

Um ponto nevrálgico da questão seria que:

Em verdade, a súmula vinculante, do mesmo modo que os recursos de estrito direito, estão voltados à aplicação uniforme de direito, quer-se, pelo art. 103-A da CF, dar sentido uniforme à Constituição Federal, evitando que, após sedimentada a validade, a interpretação ou a eficácia de uma norma jurídica, pelo STF, a parte que tem razão seja obrigada pela resistência judicial, que aguardar que seu caso – cuja tese é conhecida e se multiplica pelo país, causando grave insegurança jurídica e violação do princípio da isonomia – chegue ao STF para, somente depois disto, usufruir da prestação jurisdicional. (CAMBI; BRITO, 2009, p. 157).

Por estes motivos, é que a segurança jurídica exige uma interpretação cada vez mais abrangente, que viabilize não só sua adequação ao direito contemporâneo mas principalmente plenitude e eficácia de sua garantia.

Assim afirma-se, por exemplo, que também a jurisprudência não pode violar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, devendo, por isso, também os Tribunais e demais membros do Poder Judiciário serem mais criteriosos na consolidação e alteração de seus posicionamentos (CARRAZZA, 2009).

Outra questão que demanda análise é justamente a disposição topográfica da previsão em análise no texto constitucional e suas implicações.

Primeiramente, destaca-se que o valor segurança consta já do preâmbulo da Constituição Republicana como um bem ou valor a ser assegurado

³ Tal questão será oportunamente analisada neste trabalho.

pelo Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, tomado como parâmetro interpretativo de todos os dispositivos constitucionais.

Ao consolidar este valor, o legislador constituinte o fez sem maiores especificações, abrindo margem para interpretações mais extensivas possíveis, ou seja, abrigando todas as formas de segurança, inclusive a jurídica.

Considerado este apontamento, deve-se analisar que, como amplamente difundido, os direitos e garantias fundamentais encontram-se consolidados, apesar de não exclusivamente, em sua grande maioria no Título II, Capítulo I e, mais especificamente, no artigo 5º da Constituição Federal, rol em que também se insere, como já destacado, a previsão constitucional que justifica a garantia da segurança jurídica.

Em análise bem singela e superficial⁴, consideram-se direitos fundamentais aqueles que, como o próprio nome indica, são fundamentais para a estrutura básica do Estado e da sociedade. São aqueles direitos indispensáveis ao cidadão, tanto individualmente quanto para o convívio social. Pode-se inclusive compreendê-lo como sendo direitos necessários à consecução da dignidade da pessoa humana, incluída dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil. (SARLET, 2013).

E dada a relevância de serem fundamentais, esta gama de direitos recebe todo um tratamento diferencial e peculiar do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, assevera-se que:

A segurança jurídica está umbilicalmente ligada à própria concepção do Estado Democrático de Direito, com previsão tanto no preâmbulo bem como no rol dos direitos fundamentais, buscando assegurar aos cidadãos a previsibilidade imprescindível das relações sociais e de convivência, determinando de forma clarividente os parâmetros a que todos estão adstritos nas mais diversas searas do Direito [...] (DOURADO, 2011).

Uma das peculiaridades é a eficácia destes direitos. Deixando-se de lado as classificações em termos de eficácia, prepondera na mais balizada doutrina o entendimento de que todos os direitos fundamentais têm eficácia normativa. Ainda aqueles considerados de eficácia limitada, assim entendidos os que dependem de regulamentação infraconstitucional para se completarem, não podem ser desconsiderados pelos Poderes da República e pelos particulares, uma vez que

⁴ Que se justifica por não ser este o tema central do presente trabalho.

representam ideais e premissas trazidas pelo legislador constituinte (SARLET, 2006).

Isso faz com que as previsões constitucionais incluídas dentre os direitos fundamentais tenham aplicação imediata, conforme determina o §1º do art. 5º da Constituição Federal (BARROSO, 2001).

Outra das proteções especiais conferidas aos direitos fundamentais é a classificação de seus dispositivos como cláusulas pétreas, assim entendidas aquelas que não podem ser abolidas ou suprimidas pelo Poder Constituinte Reformador, nos termos previstos pelo art. 60, §4º, IV da Constituição Federal.

Por fim, as peculiaridades de relevância para o presente trabalho é a forma de interpretação despendida aos direitos fundamentais.

Apesar de não serem absolutos, o que torna necessária a aplicação da ponderação e proporcionalidade em caso de colisão, os dispositivos que consagram direitos fundamentais devem ser interpretados da forma mais ampla possível, a fim de viabilizar o máximo sua efetividade e, em última análise, a satisfação da dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2002).

Por este motivo, em caso de dúvidas ou mesmo lacunas casuísticas, o deslinde jurídico deve sempre se pautar por esta regra interpretativa.

Desta forma, tem-se que o direito à segurança jurídica se insere dentre os direitos fundamentais e deve ser visto com todas as implicações e características acima apresentadas.

Uma última consideração na tentativa de se delimitar os contornos da segurança jurídica é o seu tratamento não só como direito, mas também como princípio.

Segundo José Afonso da Silva “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais” (2009, p. 92)

Nestes termos, muito mais que uma garantia ao cidadão e à sociedade contra imprevistos e arbitrariedades, a segurança jurídica é também um valor inerente a todo o sistema jurídico. Um critério interpretativo que deve sempre ser ponderado, quer nas atividades do Poder Executivo, do Legislativo e principalmente, como objeto de análise do presente trabalho, do Poder Judiciário.

Assim, é comum encontrarem-se referências tanto ao direito à segurança jurídica como ao princípio da segurança jurídica.

Com estas considerações chega-se aos principais contornos que viabilizam a extração de um razoável significado para a segurança jurídica que, em síntese, pode ser vista como um direito e princípio fundamental, destinado aos cidadãos e aos Poderes da República, que não pode ser suprimido ou abolido, que tem eficácia imediata e deve ser interpretado da forma mais abrangente possível e que se destina a conferir aos cidadãos e ao Estado um mínimo de certeza e estabilidade do ordenamento jurídico para que possam planejar e pautar suas condutas.

1.2 A segurança jurídica e o Estado de Direito

Não há como se imaginar um Estado sem o direito. Assim também como não se pode imaginar um Estado de Direito sem a segurança jurídica como um de seus pilares.

Sem adentrar nas profundezas da ciência política e em suas discussões doutrinárias, em singelas linhas sabe-se que o Estado é um modelo social que munido do poder a ele conferido representa e gere a vida de um agrupamento de pessoas.

Para tanto há necessidade de controle e organização deste poder, a fim de que o Estado não só se organize em sua estrutura, como principalmente se mantenha e atenda aos seus fins.

Antes do poder político, o direito já existia, sendo vinculado de modo ontológico à sociedade. Isso faz com que, apesar de óbvio o pensamento atual de associação entre direito e Estado, o poder político ocupe o posto de responsável pelas leis. Outra questão fundamental é a crítica da visão moderna do mundo em que o afastamento da sociedade e do direito é fruto da modernidade, sendo a lei considerada uma representação da vontade de todos. No entanto, não assiste razão tal inverdade porque apenas serve de descompasso entre o direito e a realidade atual. (GROSSI, 2007).

Lloyd (1998), por sua vez, propôs uma brevidade entre lei e ideologia, no sentido de que a lei seria um dos principais artefatos sociais do sujeito, estando inserida de maneira bastante inevitável e profunda dentro da ideologia da sociedade em que é operada.

Por isso, se preocupa com o direito como mecanismo de reflexo, mesmo que imperfeito e parcial, da sociedade em que atua. As contradições sociais, nesse sentido, também devem ser manifestadas dentro da realidade do próprio direito (LLOYD, 1998).

Neste particular, o renomado constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho admite o Estado de Direito como:

[...] princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, que visa dar resposta ao conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado. Ao decidir-se por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político segundo a medida do direito. (2003, p. 243).

E o direito, tomado como medida, é, justamente, o estabelecimento de normas (escritas ou não – dependendo do modelo jurídico adotado), que controlem o poder e pautem a vida social.

A esse respeito, segue em explicação referido autor:

O direito compreende-se como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições. Articulando medidas ou regras materiais como formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, medida material e formal da vida coletiva. (CANOTILHO, 2003, p. 243).

Além do formato Estado de Direito, a República Federativa do Brasil fez ainda a opção de que este Estado fosse também Democrático⁵, de modo a afastar quaisquer resquícios de regimes totalitários ou autoritários.

Nesses moldes, para a consecução dos fins inerentes a um Estado Democrático de Direito, impõe-se que as referidas normas sejam previamente definidas para que o cidadão as conheça, possa-as cumprir, e também para que possa planejar atos futuros.

Do mesmo modo, devem ser estáveis, a fim de que o cidadão possa contar com um mínimo de segurança e proteção nas condutas que pratica e planeja sob a égide da lei posta.

Além disso, é preciso que se imponha a garantia de previsibilidade e estabilidade também sobre o direito de exigibilidade do Estado e dos particulares, e

⁵ Conforme expressamente previsto no art. 1º e também no preâmbulo da Constituição Federal.

sobre as sanções em caso de descumprimento das normas, de modo a viabilizar aos cidadãos um panorama do que se lhes pode cobrar e as respectivas consequências. Sem falar na imprescindível limitação a prática de arbítrios pelos Poderes estatais e pelos particulares.

Com efeito,

[...] é necessário que o cidadão saiba o que o Estado espera dele, e como deve portar-se perante este. Também é indispensável que o cidadão tenha a certeza e a firmeza em suas condutas podendo adequá-las ao ordenamento, ou ainda, tendo a plena consciência de que caso esteja em desconformidade com as normas ou assim o façam com relação a ele, saiba o que se esperar do Estado com relação á solução destas transgressões. (POLICHUK, 2011, p. 19).

Enfim, é fundamental que tais valores sejam inseridos sobre o ordenamento como um todo, sob pena de restar frustrado, ao menos em efetividade, o modelo estatal.

Valores estes, que como visto, perfazem os contornos da segurança jurídica, entendida também como “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” (SILVA, 2001, p. 431).

Assim, não há como se falar em Estado de Direito sem falar na segurança jurídica, que assume, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, status de “subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”, na mesma medida em que também assume a “condição de direito fundamental da pessoa humana e constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional” (2013, p. 04).

Desta forma, tem-se uma dupla ligação da segurança jurídica ao Estado Democrático de Direito. Além do mencionado enquadramento como subprincípio concretizador, também se pode considerá-la como valor necessário ao preenchimento de um de seus fundamentos, expressamente previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana, que para o autor acima citado, pode ser definida como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2002, p. 62).

Isso porque, dentro de uma noção de vida digna não cabe a concepção de um cenário onde os cidadãos vivam em constante instabilidade jurídica, onde não possam confiar nas leis e no próprio Estado. Para que haja vida digna, também é necessário estabilidade das relações jurídica e da ordem social (SARLET, 2013).

O próprio valor justiça, que apesar dos inúmeros debates ainda convive com a vagueza e indefinição, permeia em muitos estudos a segurança jurídica.

Pode-se afirmar que a segurança jurídica é o “estabelecimento da justiça no tempo”, já que a verdadeira justiça é incompatível com um ambiente inseguro e instável (GUSSI, 2005, p. 24).

Com efeito, uma sociedade que não confere proteção a condutas praticadas sob a égide do seu ordenamento jurídico ou, principalmente de relevo ao presente estudo, onde não se pode confiar nas decisões e pronunciamentos do Poder Judiciário, não pode ser considerada uma sociedade onde vigora a justiça.

Em contrapartida, se ponderados os valores justiça e segurança, talvez a proteção à segurança seja mais relevante ao cidadão e à manutenção ordem social do que a própria justiça, dada a subjetividade e mesmo à aparente intangibilidade deste anseio.

O estudo de Grossi (2007) vem culminar com umas das principais preocupações do direito atual, qual seja o distanciamento da realidade. O descompasso entre justiça e lei é herança do Estado Moderno, e acaba por refletir situações em que o indivíduo não se sente protegido pelo direito. Passa o povo a desconfiar do direito enquanto instituto protetor, e o enxerga como a figura autoritária e coatora, que ignora a diversidade de situações reguladas.

Ressalta-se então a necessidade de relativização dos conceitos dogmáticos tratados como crença e não como conhecimento. É preciso que haja uma análise crítica, que desmistifique o presente, para que haja um estímulo no caminho para a construção do futuro. (GROSSI, 2007)

Nesse sentido:

A segurança in concreto parece se mostrar como um valor acima de uma justiça ideal, abstratamente considerada, principalmente das concepções particulares de justiça – dado que subjetivas e relativas – pois estas perdem relevo em relação à objetividade da segurança jurídica. (MOTTA, 2008, p. 30).

Muitas vezes a paz e a segurança têm mais efeito na vida prática e cotidiana do cidadão do que a sua concepção sobre o que é correto ou justo (WALDRON, 2003).

Nos moldes expostos, a segurança jurídica mostra-se, mais que um necessário pilar estruturante, também um meio de aumentar a legitimidade do ordenamento jurídico, na medida em que a tendência do cidadão a confiar, aceitar e cumprir suas disposições é muito maior quando se pode contar com a necessária estabilidade e previsibilidade deste ordenamento.

Em verdade, um Estado de Direito que não se pauta na segurança jurídica está fadado, no mínimo, ao insucesso.

Se não há a garantia aos cidadãos das origens, rumos e principalmente permanência das normas que pautam a vida social, a tendência é um descrédito e desestímulo generalizado, que juntamente com outros fatores de inconformismo social, podem formar o estopim para uma Revolução, a exemplo dos inúmeros casos relatados pela história.

1.3 Aspectos da segurança jurídica

A divisão de diversos aspectos inerentes à segurança jurídica é corrente na doutrina.

Entretanto, pela falta de um consenso, em especial no que tange à classificação destes aspectos em objetivos e subjetivos, materiais e formais, atêm-se no presente à análise do conteúdo e alcance, deixando-se de lado, portanto, maiores delongas quanto às mencionadas classificações.

Pode-se extrair como certo da segurança jurídica que ela é composta, essencialmente, de dois aspectos já referidos neste trabalho, quais sejam, a previsibilidade e a estabilidade.

A previsibilidade consiste em possibilitar ao cidadão meios de conhecer as normas que regulam sua vida em sua sociedade, bem como de prever quais as possibilidades e efeitos destas normas, a fim de que possa calcular e planejar suas condutas.

Nestes termos, a própria previsibilidade apresenta-se composta por alguns elementos ou condições, das quais se podem destacar três.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, são necessários: a) “um acordo prévio acerca da situação e respectiva consequência em que se insere a ação”; b) “possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação é qualificada”; c) “efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade” (2012b, p. 561 e 563).

O acordo prévio, como será adiante melhor analisado, resume-se, basicamente no princípio da legalidade, por meio do qual a intenção do legislador se consolida nas leis que, uma vez publicadas e em vigor, servem como regras de conduta.

A esse respeito, impende destacar que na atual fase de nosso ordenamento, que não obstante classicamente filiado à tradição *civil law* vem incorporando institutos do *common law*, também se pode inserir dentro da definição de acordo prévio o entendimento jurisprudencial consolidado, que igualmente vem servindo de norte a embasar a vida social, o que se verá com mais vagar no próximo capítulo.

Adianta-se, no entanto que:

Sistemas jurídicos como o *Common Law* e o *Civil Law*, não se fixam por realidades excludentes e incomunicáveis, mas se conciliam de forma que as decisões pretorianas sejam consolidadas de vez no Brasil. Assim, tornar-se-ão instrumentos de exteriorizar as relações dinâmicas do Direito, coadunando-se com ferramentas de uniformização a fim de evitar a famigerada instabilidade jurisdicional propriamente dita, por meio da implementação com as devidas adaptações do *stare decisis* americano (DOURADO, 2011).

No que tange à possibilidade de conhecimento das normas, verifica-se sua íntima relação com uma chamada previsibilidade material. Isso porque, não se tem como garantir que o jurisdicionado preveja algo que lhe é incompreensível.

Deste modo, as normas jurídicas e até mesmo as decisões judiciais devem ser claras o suficiente para necessária compreensão que viabilize a previsibilidade.

Neste particular, Gomes Canotilho preconiza a existência de um princípio da precisão ou determinabilidade dos atos normativos, assim entendido como:

[...] a conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala de princípios jurídicos de normação jurídica concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, conseqüentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito. (2003, p. 258).

No mesmo sentido também José Calvo González, para quem “la ley no debía resultar engañosa u oscura, ni paradójica, y tampoco ambigua”⁶ (2007, p. 08).

Por fim, com relação à efetividade do sistema jurídico em permitir a previsibilidade, a análise abrange-se a previsibilidade do ordenamento jurídico como um todo, em especial quanto às decisões judiciais.

Se as previsões e qualificações jurídicas não são unânimes não há como se ter previsibilidade e principalmente se gerar segurança jurídica nos cidadãos (MARINONI, 2012b).

Tal contexto se encontra intimamente ligado com o aspecto estabilidade.

Além de previsível, o ordenamento jurídico deve apresentar um mínimo de continuidade. Esses valores, aliás, são indissociáveis, porquanto não se pode assegurar a previsibilidade de algo que esta em constante mutação.

A estabilidade, como premissa da segurança jurídica, pode nitidamente ser extraída do Estado Democrático de Direito, cujos valores elementares não se coadunam com a provisoriedade.

E não apenas a legislação, mas também as decisões judiciais devem ser estáveis; ter uma certa coerência e constância, sob pena de, não o sendo, violarem a garantia da segurança jurídica e conseqüentemente o Estado Democrático de Direito (NERY JR., 2009).

⁶ A lei não deve ser enganosa ou obscura, nem paradoxal, e muito menos ambígua.

Em verdade, a incidência de decisões judiciais diferentes a casos análogos viola, além da estabilidade, todos os demais aspectos da segurança jurídica, inclusive os que serão a seguir analisados. Isso sem falar nos demais princípios constitucionais como o da igualdade (art. 5º, I da Constituição Federal).

Outros dois aspectos que podem ser vistos como manifestações da segurança jurídica são a proteção da confiança e a proibição de retrocesso.

Diretamente ligada ao princípio da boa-fé, que hodiernamente se impõe como premissa nas esferas pública e privada, a proteção da confiança destina-se a tutelar a confiança que o cidadão deposita no ordenamento jurídico ao pautar e planejar suas condutas com base nas normas vigentes.

Essa confiança não pode ser desprestigiada com abruptas mudanças legislativas ou mesmo de entendimentos jurisprudenciais consolidados.

Sarlet, nesse sentido, amplia o aspecto de análise ao defender que a proteção da confiança:

[...] atua como importante elemento para a aferição da legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo, até mesmo pelo fato de que a irretroatividade de determinados atos do poder público encontra o seu fundamento justamente na necessidade de proteger a confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas e do próprio ordenamento, o que tem levado ao reconhecimento, para além da salvaguarda dos direitos adquiridos, até mesmo de um certo grau de proteção das assim denominadas expectativas de direitos, assim como da necessidade de estabelecer regras de transição razoáveis, nos casos de uma alteração de determinados regimes jurídicos. (2013, p. 10).

A proteção da confiança é necessária, inclusive, para que se tenha o necessário desenvolvimento social. Sem confiar em um mínimo de segurança e proteção para suas relações, o cidadão tenderá a ficar num estado letárgico, que indubitavelmente comprometerá o desenvolvimento estatal nos mais variados aspectos.

Ademais, se a confiança que o cidadão deposita no Estado e em seus poderes for quebrada corre-se o sério risco de também se romper com a ordem vigente e se estabelecer o caos.

Em suma, não há como se assegurar a segurança jurídica sem assegurar um mínimo de proteção à confiança que o cidadão deposita no Estado, em suas normas e instituições.

Além da proteção da confiança outro corolário se extrai da segurança jurídica: o da vedação ou proibição de retrocesso.

Nos direitos fundamentais, encontram-se os direitos sociais, que têm como característica a cumulatividade. Isso quer dizer que os direitos sociais reconhecidos por um Estado constituem o verdadeiro patrimônio dos indivíduos dentro de um contexto político-jurídico, não podendo ser suprimido. Por isso, os direitos sociais se encontram num estágio de concretização em que não se pode retroceder. Isto faz com que haja um reconhecimento da existência do princípio do retrocesso ou da proibição da não reversibilidade dos direitos fundamentais (BREGA FILHO, 2013).

Ao prever o legislador constituinte que a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, deixou clara sua intenção de proteger o cidadão contra medidas de cunho retroativo, estabelecendo assim a regra da irretroatividade.

Ou seja, para a garantia da segurança jurídica é imprescindível, além da previsibilidade e da estabilidade das normas, que estas não atinjam fatos anteriores à sua entrada em vigor. Que possua, portanto, efeitos prospectivos.

Ocorre que, segundo Sarlet (2013) nem sempre o efeito prospectivo da lei é suficiente para a preservação da segurança jurídica.

Por vezes a norma, não obstante dotada de efeitos prospectivos, configura grave retrocesso na ordem social, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais que tutelam prestações sociais.

É o caso, por exemplo, de leis infraconstitucionais que suprimam benefícios ou estabeleçam parâmetros restritivos que interferem diretamente na eficácia e fruição de direitos fundamentais consolidados, como o direito à saúde ou à previdência social (SARLET, 2013).

Sabe-se que os direitos fundamentais são pilares sagrados à ordem constitucional e à garantia da dignidade da pessoa humana, de modo que a proibição de retrocesso configura uma proteção não só ao cidadão, mas à própria ordem constitucional de que a efetividade de suas previsões não reste frustrada pelo legislador infraconstitucional.

Configura-se, em verdade, em uma tácita ampliação ao previsto pelo art. 60, §4º da Constituição Federal, que veda emendas constitucionais tendentes a

abolir as chamadas cláusulas pétreas, dentre as quais se inserem os direitos e garantias individuais.

Por isso é que, dada sua relevância, a proibição de retrocesso é vista por alguns como princípio autônomo, como é o caso de Luís Roberto Barroso, para quem:

[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. (2001, p. 158).

Com a proibição de retrocesso cria-se um verdadeiro direito de defesa, no sentido de possibilitar ao prejudicado por normas infraconstitucionais, que impliquem retrocesso à efetividade dos direitos fundamentais, buscar judicialmente a satisfação da lesão ocorrida (SILVA, 2001).

Nesse sentido, aliás, e se tomando por base o raciocínio proposto neste trabalho, deve-se estender a vedação ao retrocesso inclusive a alteração de entendimentos jurisprudenciais. Tanto no que diz respeito à aplicação retroativa do entendimento alterado como também quando, apesar da aplicação prospectiva, a alteração de entendimento implicar em grave retrocesso social, como é o caso de julgamentos relacionados a questões previdenciárias, por exemplo.

Esta afirmação consiste em premissa necessária para a análise central que se desenvolverá nos seguintes capítulos.

Com isso, pode-se, em suma, afirmar que a proibição de retrocesso, independentemente de sua autonomia principiológica, é, juntamente com os demais aspectos analisados neste capítulo, valor de indispensável observância para que se garanta em plenitude o direito à segurança jurídica.

1.4 A segurança jurídica no ordenamento brasileiro

Apesar de não expressamente prevista, a segurança jurídica, é tida como direito e princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso não apenas pelas previsões constitucionais das quais se extraem sua existência, como também pelos diversos dispositivos infraconstitucionais que a consagram, que fazendo referência a seus efeitos, quer criando regras e mesmo institutos jurídicos que tendem a prestigiá-la, como adiante se verá.

1.4.1 Institutos e previsões legislativas

Tomando-se por base os dispositivos constitucionais destaca-se, primeiramente, o já analisado art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Esta proteção, como visto, garante ao cidadão que não ocorram invasões arbitrárias em sua vida e seus negócios, gerando um mínimo necessário de estabilidade no ordenamento jurídico.

Outra das previsões constitucionais que, somada a esta, aperfeiçoa a ideia de segurança jurídica, é a contida no art. 5º, II da Magna Carta, por meio da qual institui o legislador constituinte o princípio da legalidade ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

A localização topográfica deste princípio deixa clara a intenção do legislador em consagrá-lo como direito e garantia fundamental de destaque na República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Considerando o histórico ditatorial anterior à Constituição de 1988 e o modelo estatal escolhido, o princípio da legalidade perfaz-se no mínimo indispensável à manutenção da democracia e ao afastamento de arbitrariedades.

Este cenário é comum a ambos os dispositivos citados, que em conjunto emolduram a noção de previsibilidade, estabilidade e continuidade do ordenamento, e consagram um direito à segurança jurídica também premissa indispensável ao Estado Democrático de Direito.

Observação valorosa fez Lloyd (1998) quando afirma que um Estado exige obediência das outras, independente de sua legitimidade, utilizando-se da força se necessário for por meio de sanções. O direito prima pela subordinação legítima que se pratica na maioria dos estados democráticos de direito. Destaca-se

então a ideia de conexão entre a autoridade legítima e a obrigação moral que faz com que haja uma adesão voluntária dos indivíduos. Por isso, há diversos questionamentos de qual a melhor utilização da lei. O uso da força é nocivo dentro do contexto social, não podendo ser considerada uma espécie de mal necessário, pois não conseguiria manter os sistemas vigentes em harmonia.

Em matéria penal, há também outras garantias constitucionais que se ligam ao ideal de segurança jurídica. O art. 5º, XXXIX prevê o princípio da anterioridade em matéria penal, de acordo com o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O princípio da anterioridade da lei, aliás, mediante previsões infraconstitucionais, ultrapassa as barreiras do direito penal e se irradia por todo o ordenamento jurídico como mais um elemento da segurança jurídica.

Além deste, no sentido de reforçar a noção anterioridade da lei, há a previsão da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal), a garantir aos cidadãos que leis supervenientes não serão a eles aplicadas, exceto se mais benéficas.

Em termos processuais, destacam-se as previsões trazidas pelos incisos XLV a XLVIII do art. 5º da Magna Carta, que, afetas tanto a área cível quanto à criminal, possibilitam o cidadão tomar conhecimento sobre penalidades admitidas em nosso ordenamento, bem como os respectivos limites e formas de aplicação.

Nos incisos LI e LII do referido art. 5º, há também previsões e limitações que dizem respeito ao processo de extradição e, da mesma forma, possibilitam o cidadão ter ciência das garantias que se lhe conferem a esse respeito bem como de que estas garantias não serão abolidas.

Por fim, mas não menos relevantes, têm-se ainda, no art. 5º, incisos LIV e LV (respectivamente), as garantia do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

Dentro da ótica processual civil, traçada como limite ao presente trabalho, esta garantia se encontra sempre no alvo de discussões que permeiam a alteração de previsões legislativas, especialmente com fins à celeridade processual, onde se encontram, inclusive, as questões relacionadas à utilização cada vez mais corrente e obrigatória da jurisprudência nos procedimentos.

Isso porque, dentro do ideal de segurança jurídica, também os procedimentos devem ter um mínimo de previsibilidade e estabilidade, cenário

propício ao devido processo legal. Mais que isso, devem possibilitar, notadamente no processo de conhecimento, uma amplitude razoável de manifestações, a fim de viabilizar o verdadeiro conhecimento do direito e uma satisfatória tutela jurisdicional, sendo, portanto, necessários o contraditório e a ampla defesa.

Importante frisar que o direito não se limita à lei nem a Constituição, ou as que leis podem apresentar um conteúdo único e pré-estabelecido. Isso se dá porque a Constituição brasileira é compromissória, tendo no processo o mecanismo para argumentação jurídica e para a extração da melhor resposta constitucional para os problemas sociais, usando o ordenamento jurídico para tanto (CAMBI, 2012).

Ocorre que os conceitos de devido processo legal, de contraditório e de ampla defesa são demasiadamente amplos e subjetivos, de modo a possibilitar uma infinita gama de interpretações e, conseqüentemente, de discussões.

O devido processo legal, por exemplo, vem hodiernamente sendo associado a outras inúmeras disposições constitucionais. Admite-se que ele deve englobar o direito à isonomia entre as partes, à razoável duração do processo, à efetividade do acesso à justiça, à imparcialidade do juiz, à intimidade e privacidade, ao contraditório e à ampla defesa, além de inúmeros outros. (GARCIA FILHO, 2007).

Por este motivo, a respeito desta garantia não há como se estabelecer uma diretriz infalível que sempre reflita em segurança jurídica.

Em termos infraconstitucionais, uma das maiores expressões da segurança jurídica é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei 4.657/42), tradicionalmente conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil e que passou à atual redação por intermédio da alteração promovida pela Lei 12.376/2010.

A mudança de nomenclatura veio, em verdade, adequar o real sentido e alcance desta lei, que, não obstante nomeada de introdutória ao Código Civil, sempre teve suas disposições voltadas ao ordenamento jurídico como um todo.

Esta lei, aliás, data de período bem anterior à atual Constituição Federal. Não obstante, pela compatibilidade de suas previsões aos ideais do legislador constituinte de 1988, mantém-se viva e aplicável até os tempos atuais.

Trata-se de um grande reconhecimento da lei como fonte e expressão da segurança jurídica, em especial nos aspectos relacionados a previsibilidade e estabilidade. Tanto que alguns de seus dispositivos foram quase que reproduzidos na Constituição Republicana.

Com efeito, destina-se em todo seu corpo à previsão de como as leis devem ser aplicadas e interpretadas, reforçando aos cidadãos fontes e critérios para planejarem e seguirem suas vidas sem alterações indesejadas. É corriqueiramente chamada na doutrina como uma lei sobre leis (GONÇALVES, 2012).

De todos os seus dispositivos, merecem destaque, em termos de segurança jurídica, as previsões dos artigos 2º e 6º.

O art. 2º consagra o ideal de estabilidade e continuidade da lei e do direito, ao estabelecer que a lei vigorará até que outra a modifique ou revogue. Ou seja, garante-se ao cidadão que possam com segurança pautar suas condutas com base na lei vigente, que estará em vigor por razoável período de tempo, ou, indefinidamente. E quando não vigorar mais ele também poderá contar com a garantia de que será comunicado, já que a revogação só se dará por meio de outra lei, cuja validade exige obrigatoriamente a publicação.

Mais que isso, o cidadão pode confiar que mesmo a lei com base na qual pautou suas condutas venha a perder vigência por uma outra lei superveniente, os atos por ele praticados até então estarão resguardados pela irretroatividade. O que está consubstanciada no art. 6º da lei em questão e consagrado também no texto constitucional (art. 5º, XXXVI).

Este dispositivo consagra a irretroatividade da lei ao fixar valores que ficam protegidos de alterações legislativas.

Elege, para tanto: a) o ato jurídico perfeito, assim entendido aquele já acabado sob as premissas da lei vigente ao tempo em que se realizou; b) o direito adquirido, como aquele cujo exercício se encontrava possível ou já em prática sob a égide de uma determinada lei ou cujo termo inicial seja fixado sob a égide desta mesma lei; c) a coisa julgada, admitida como a decisão judicial imutável, da qual não cabe mais recurso, quer pelo esgotamento das vias recursais quer transcurso inerte do prazo recursal.

Assim, em regra a lei nova vigora para fatos novos, havidos ou mesmo iniciados após a sua entrada em vigor, ao passo que os havidos ou iniciados antes deste marco temporal regulam-se pela lei antiga, até então vigente.

Muito embora os marcos em segurança jurídica trazidos pela Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro digam respeito à lei, esta deve ser interpretada em seu sentido amplo e contextualizado, o que nos permite afirmar que

suas premissas devem se estender ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive à jurisprudência (CARRAZZA, 2009).

Outra das legislações que notavelmente reflete os primados da segurança jurídica é o Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973). Um de seus principais objetivos é a previsão de disposições procedimentais, de como será dar o início, meio e fim dos procedimentos. Contempla prazos, possibilidades de defesas, tipos de provas, tipos de recursos, tipos de ações, ritos, etc.

Este panorama por si só é louvável fonte de estabilidade e previsibilidade ao cidadão, mais especificamente, neste caso, ao cidadão litigante em processo judicial, a quem se permite ter uma escoreta idéia de como será o tramitar da sua lide e do seu direito de acesso à justiça posto em prática.

Entretanto, alguns dispositivos destacam-se sobremaneira pelo interesse na proteção da segurança jurídica. É o caso, por exemplo, dos artigos 467 a 475 do CPC, que regulamenta o instituto da coisa julgada.

Já na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, este instituto consiste em um dos grandes pilares, na prática, em termos de segurança jurídica.

Representa a garantia que se confere ao jurisdicionado de que a decisão por ele obtida do Poder Judiciário, uma vez imutável – quer pelo esgotamento das vias recursais quer pela ausência de interposição de recursos – será sempre imutável⁷. Garante-se que independentemente de alterações legislativas ou quaisquer outras mudanças políticas e sociais modificarão o pronunciamento obtido.

Sendo-lhe contrária ou favorável a decisão judicial, pode o jurisdicionado seguir em seu cotidiano com a segurança de que a questão posta à apreciação judicial não será mais discutida.

Outro ponto que merece destaque neste contexto são os dispositivos do Código de Processo Civil que internalizam a jurisprudência como fases ou marcos procedimentais.

Como se verá neste trabalho, a cada vez mais massiva inserção da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro se dá por diversos motivos. E dentre eles se encontra a segurança jurídica (MONNERAT, 2012).

⁷ Salvo raras exceções, chamadas de relativização da coisa julgada, que serão oportunamente abordadas neste trabalho.

Isso porque, ao se impor a utilização de um determinado entendimento jurisprudencial consolidado afasta-se do cidadão a insegurança gerada pelas diversas interpretações que um mesmo dispositivo legal pode gerar. Evita-se a instabilidade dos pronunciamentos judiciais e se fortalece um dos principais aspectos necessários para a garantia da segurança jurídica.

Reflexo disso são as constantes e recentes reformas pelas quais vem passando o Código de Processo Civil⁸, por meio das quais houve a alteração e mesmo inserção de diversos artigos com vistas à inclusão da jurisprudência consolidada para a melhoria (ou ao menos tentativa) da segurança jurídica e também de outros relevantes valores como celeridade, efetividade, isonomia.

Pode-se citar, neste contexto os artigos 476 a 479 do CPC, que preveem mecanismos para a uniformização da jurisprudência dos Tribunais. Ou seja, possibilita que os posicionamentos sejam unificados a fim de se afastar a imprevisibilidade tão nociva ao jurisdicionado e ao Poder Judiciário como um todo.

Têm-se também os artigos 543-B e 543-C que estabelecem o procedimento para o julgamento de Recursos Extraordinário e Especial (respectivamente) com idêntica controvérsia. Nestes casos, visando evitar julgamentos conflitantes, determina-se a eleição de um caso paradigma e o sobrestamento dos demais, a fim de que após o julgamento todos tenham o mesmo desfecho do caso paradigma.

O próprio Recurso Especial tem dentre seu restrito rol de cabimento a hipótese em que decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal. Ao traçar esta previsão deixa claro o legislador constituinte que a diversidade de pronunciamentos judiciais não se coaduna com os moldes do Estado Democrático de Direito e conseqüentemente com a segurança jurídica.

Por fim, igualmente merecem destaque os artigos 518 e 557 do CPC, que atribuem, respectivamente, ao juízo a quo e ao relator monocraticamente, o poder de não receber apelação ou negar seguimento à apelação ou agravo de instrumento quando a decisão recorrida estiver em conformidade com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, ou ainda do próprio Tribunal no segundo caso.

⁸ Sem olvidar do Novo Código de Processo Civil cuja aprovação tramita no Congresso Nacional.

Da mesma forma que os dispositivos anteriormente citados, este elege a jurisprudência como meio justo de equalização de valores fundamentais dentro do processo. Limita de certa forma o discutível direito ao duplo grau de jurisdição com o fim de prestigiar e efetivar a segurança jurídica, a isonomia, a celeridade e a própria efetividade da tutela jurisdicional.

Dentro dos limites traçados pelo foco do presente trabalho, com declarado cunho processual civil, estas são, em síntese, as principais previsões legislativas em termos de segurança jurídica.

2 O SISTEMA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO E SUAS IMPLICAÇÕES NA SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 A utilização da jurisprudência no ordenamento brasileiro

Apesar de fundamentalmente enquadrado dentre os países filiados ao *civil law*, em que vigora a norma escrita, verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro, como já ressaltado anteriormente, uma gradual e progressivamente intensificada utilização da jurisprudência.

A tendência, aliás, reflete um panorama visível no cenário jurídico mundial onde, após a globalização, nota-se cada vez mais a intersecção destas duas grandes tradições jurídicas, quer com a adoção pelo *civil law* de mecanismos afetos ao *common law*, como é o caso da jurisprudência, quer com a adoção, pelo *common law*, de uma amplitude na utilização da norma escrita.

Nos tempos atuais já se incorporaram ao nosso ordenamento não só a própria jurisprudência como elementos a ele consecutórios, tais como as súmulas e as súmulas vinculantes.

Apesar de inspiradas nos precedentes tidos como base dos ordenamentos de *common law*, a jurisprudência guarda com este significativa diferença (SANTOS, 2012).

O precedente consiste em um único julgado sobre um determinado tema que se torna paradigmático para o julgamento de casos futuros. É a chamada *ratio decidendi* ou razão da decisão que passa a nortear não só o labor jurídico como a pautar a vida em sociedade (MARINONI, 2013).

Já a jurisprudência considera-se, tecnicamente, “a tendência exegética dominante num determinado Tribunal” (MANCUSO, 2007, p. 21).

É o posicionamento que se firma num determinado Tribunal sobre um dado assunto, em que haja dúvida ou lacuna na interpretação da lei, após reiterados debates e julgados sobre a questão. Este posicionamento se destina a nortear os demais julgadores – e conseqüentemente a comunidade jurídica como um todo – na atuação profissional, sem que haja, a princípio, qualquer coercitividade ou imposição para o seu cumprimento.

A princípio era este o ideal originário da inserção da jurisprudência em nosso ordenamento.

Ocorre que, com o passar dos tempos e a intensificação da utilização, seu conceito e efeitos foram se modificando, ou, para alguns, se deturpando, como defendem Streck e Abboud (2013).

Em nosso atual sistema percebe-se inúmeros julgados que, isolados e longe de permearem os reiterados debates, são invocados como razão de decidir nas mais diversas circunstâncias e, por isso, acabam se tornando paradigmas.

Ressalte-se que:

A Jurisprudência assim deixa a simplória definição etimológica de “dizer o direito”, passando por meios de incidentes processuais e da expansão da concessão de efeitos prospectivos em caso de mudança de entendimento sobre determinadas matérias, erigindo a força vinculante dos precedentes e a interpretação criativa do Judiciário no cenário pátrio, aliado a uma postura ativista (DOURADO, 2011).

Isso quando não se tornam súmulas, assim considerados os extratos da jurisprudência dominante de um determinado Tribunal, e conseqüentemente levam ao não seguimento e mesmo provimento de recursos.

Não bastasse, essas súmulas, como sabido, passaram, em alguns casos específicos determinados pela Constituição Federal, a até mesmo assumir efeito vinculante, de modo que o caráter meramente norteador cedeu lugar à imposição e obrigatoriedade de aplicação.

Importante apontamento nesse sentido é feito por Cambi e Brito:

O aspecto da vinculatividade de decisões advindas do Judiciário, para os seus opositoristas, fere um princípio basilar do constitucionalismo, que é o da divisão dos poderes ou, melhor dizendo, da divisão das formas de atuação do poder estatal. Isto porque o ato de emitir súmulas, com efeito vinculante, seria uma interferência do Poder Judiciário nas funções próprias do Poder Legislativo. E isso violaria profundamente a Constituição e seria, talvez, um desequilíbrio na estrutura do próprio Estado. (CAMBI; BRITO, 2009, p. 145)

Sem pretender adentrar nas minúcias da questão, já que não é este o foco do presente trabalho, não se pode desconsiderar o fato de que a inserção de um elemento ou de uma premissa oriundo de um sistema jurídico diferente implica uma análise criteriosa e cautelosa.

Deve-se analisar não só os objetivos que levam esta inserção como principalmente as matizes do sistema originário, a fim de que não se criem aberrações jurídicas e, mais que isso, gritantes injustiças.

Indiscutível que a utilização de jurisprudência e seus consectários acaba por promover notável aproximação entre os sistemas de *civil* e *common law*, cujos marcos, após a globalização, passam a se impor de modo menos rígido. (MARINONI, 2009).

Além de costumeiramente utilizadas no labor jurídico, a jurisprudência e suas derivações – também por este motivo - passam cada vez mais a serem utilizadas pelo legislador, em especial no que tange à matéria processual civil, como verdadeiros amuletos para a solução da famigerada crise do Poder Judiciário.

O cenário narrado pode ser verificado tanto nas reformas pelas quais vem sofrendo o Código de Processo Civil de 1973 como principalmente no Anteprojeto do Novo Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional.

Este, aliado aos demais fundamentos expostos, são os principais elementos que justificam uma análise mais acurada das questões relacionadas à jurisprudência e sua relação com a segurança jurídica, notadamente para que não se percam de vista os objetivos principais que levaram à utilização deste tão importante mecanismo no sistema jurídico brasileiro.

2.1.1 Histórico e Justificativas

Sabe-se que a matriz do direito como hoje posto reside no Direito Romano, onde já havia a existência da jurisprudência. O termo latino, aliás, significa exatamente a situação que o instituto representava: *jus – justo*, *prudentia – prudência*, ou “o trabalho interpretativo dos prudentes” (CRETELLA JUNIOR, 2001, p. 54).

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, consistia:

[...] na tarefa exegética empregada pelos jurisconsultos da época – ditos prudentes – no afã de esclarecer e interpretar textos jurídicos, então

incipientes, numa fase em que estavam ainda esbatidos os contornos do Direito, de envolta com regras de natureza moral ou religiosa” (2007, p. 11).

Sempre que houvesse dúvida quanto à interpretação e aplicação do direito posto, levava-se o caso à apreciação dos prudentes, dos jurisconsultos, pessoas consideradas sábias e idôneas, por cujo parecer não recebiam honorários ou remuneração. (ABBOUD, 2012).

O direito foi evoluindo juntamente com a jurisprudência, com os pareceres destes jurisconsultos que inegavelmente influenciaram suas bases. Daí não se poder desconsiderar a jurisprudência como fonte do direito. Na medida em que as bases do direito foram se consolidando nos diversos países, a jurisprudência foi assumindo função e destaques diferentes.

Nos países onde a influência do direito romano se manteve preponderante, a jurisprudência passou a ocupar um papel secundário, já que suas grandes bases se consolidaram na norma escrita. Estes são os chamados países filiados à tradição romano-germânica ou, como mais frequentemente utilizado neste trabalho, *civil law*.

Em contrapartida, nos países anglo-saxões (e futuramente suas colônias nos demais continentes), onde as premissas do direito romano são mais sutis, a jurisprudência ganhou destaque como elemento a nortear o sistema jurídico então chamado de *common law*.

Neste sistema a jurisprudência cedeu lugar aos chamados precedentes, assim entendidas as decisões emanadas do Poder Judiciário sobre um determinado assunto e que serviriam de norte aos demais casos futuros que com elas guardassem relação.

Ou seja, os precedentes assumem os holofotes na regulamentação da vida em sociedade, em detrimento da norma escrita, que passa a ocupar um lugar secundário. (MARINONI, 2010).

Voltando-se a observar, neste contexto, a realidade brasileira, sabe-se que as primeiras referências em nosso ordenamento de um direito organizado e codificado são as conhecidas Ordenações Portuguesas. E já nelas contemplava-se a figura dos assentos obrigatórios.

Criados nas Ordenações Manuelinas de 1521 (§1º do Título 58 do Livro V) e posteriormente mantidos nas Ordenações Filipinas de 1595 (§5º do Título 5 do Livro I) os assentos nada mais eram que os pronunciamentos dos

Desembargadores, os quais, presididos por um regedor, emanavam uma determinação sobre uma determinada dúvida, emanação esta que, assentada ou anotada, serviria de base para casos futuros.

Estes assentos passaram a vigorar também no Brasil Império, por intermédio de uma Resolução da Assembleia Geral sancionada pelo Decreto 2.684 de 23 de outubro de 1875, “apesar da estranha implicação de isso fazer vigorar num país a jurisprudência vinculante de outro” (SOUZA, 2013, p. 180).

Os assentos portugueses, desta forma, foram a primeira notícia que se tem de utilização de jurisprudência no ordenamento brasileiro. Destaca-se, todavia, que a utilização destes assentos ou da jurisprudência não afastou a tradição romana⁹ tanto de Portugal quanto do Brasil.

É que nos países anglo-saxões ou no regime *common law* o precedente era tido como base fundamental do ordenamento. As condutas em sociedade eram pautadas nas decisões já proferidas sobre casos semelhantes. (DRUMMOND; CROCKETTI, 2012).

Já nos países filiados à tradição romana ou adstritos ao regime *civil law* a jurisprudência consistia num elemento secundário. Num mecanismo utilizado pelos juristas para a elucidação de dúvidas na aplicação da lei, de modo que esta foi por um grande tempo a base primária para a regulamentação da vida social. (CAMARGO, 2012).

Com a evolução do direito, tanto em Portugal quanto no Brasil os assentos obrigatórios foram perdendo espaço. Em Portugal, após se ter reconhecido sua inconstitucionalidade, quando já eram previstos pelo art. 2º do Código Civil de 1966. No Brasil, com a Proclamação da República, após a qual veio a Constituição de 1891 que aboliu os assentos. (SOUZA, 2013).

Entretanto, apesar de abolidos os assentos, a própria Constituição de 1891 já trouxe os primórdios de um mecanismo que representa hoje um dos grandes responsáveis pela maciça inserção e utilização da jurisprudência em nosso ordenamento: o controle de constitucionalidade.

Esta Carta Constitucional contemplou a possibilidade de controlar as leis à luz da Constituição Federal, a exemplo do havido no modelo norte-americano já em 1803, com o célebre caso *Marbury vs. Madison*, onde se reconheceu a inconstitucionalidade da lei federal de organização judiciária e se criou o precedente

⁹ Também chamada de romano-germânica.

de deixar de aplicar a lei infraconstitucional contrária à *Paramount Law*¹⁰ (SLAIBI FILHO, 2013).

Apesar da abertura constitucional, o controle das leis na república Velha foi praticamente inexistente, haja vista, em especial, a dificuldade de sua utilização dentro da rigidez do modelo *civil law* que se verificava do sistema jurídico da época.

Os pilares para o controle de constitucionalidade, nos moldes atuais, foram construídos a partir da Constituição de 1934, inspirada nos modelos constitucionais europeus. A partir desta Constituição, com exceção das Cartas havidas em subseqüentes períodos ditatoriais, houve grande evolução e intensificação do mecanismo.

E juntamente com essa evolução e intensificação no uso do controle de constitucionalidade, verificou-se uma inundação de jurisprudência no direito brasileiro. Isso porque, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade ingressaram e ainda ingressam no mundo jurídico com grande peso e repercussão.

Independentemente da possibilidade de levarem à extinção do ordenamento vigente, da lei declarada inconstitucional¹¹, o pronunciamento proferido no controle concentrado de constitucionalidade tem os chamados efeitos *erga omnes*, destinados a impor a observância e cumprimento da decisão judicial em questão para os demais membros do Poder Judiciário, do Poder Executivo, e dos cidadãos em geral. (BASTO, 2012).

Além do mais, o controle difuso, considerado quase que uma inovação do ordenamento brasileiro ao permitir que qualquer magistrado de qualquer instância faça o controle de constitucionalidade, refletiu em uma maior valorização da magistratura, e conseqüente proliferação de decisões judiciais. (BARROSO, 2004).

Esse fenômeno acabou por desencadear no âmbito jurídico o hábito da consulta e emprego dos posicionamentos majoritários dos Tribunais, não apenas em sede de controle de constitucionalidade como também em relação às mais diversas matérias, oriundas dos mais diversos órgãos do Poder Judiciário.

¹⁰ Locução utilizada por Jim Marshall para se referir à Constituição.

¹¹ Desde que a declaração de constitucionalidade seja posteriormente acompanhada de resolução do Senado Federal nesse sentido.

A intensificação do controle de constitucionalidade foi, em verdade, a chancela que faltava para uma internalização mais massiva da jurisprudência como potencial fator de otimização e efetivação da tutela jurisdicional.

O fenômeno também foi propício para atender aos anseios do neoconstitucionalismo.

Nas palavras de Barroso,

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (2011, p. 15).

Segundo Cambi,

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter transformador das Constituições modernas, pois, como utopias de direito positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais. (2010, p. 27).

No anseio de irradiar a força normativa da Constituição por todo o ordenamento e adequá-lo aos direitos fundamentais, iniciou-se uma nova tendência hermenêutica, que gradualmente foi incorporada por toda a comunidade jurídica.

Visualiza-se o processo como um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais com base no dever de proteção do Estado. Sua exigência é a de que os procedimentos adequados à tutela dos direitos refletem a tomada de consciência dos direitos tutelados de maneira específica. Isso se dá, na medida em que a Constituição Federal se pauta na dignidade humana para assegurar uma série de direitos não patrimoniais, conforme consta expressamente no direito ao acesso à justiça (OLIVEIRA; BRITO, 2013).

Houve, em verdade, uma verdadeira alteração dos próprios conceitos e premissas que até então estavam arraigados no sistema jurídico vigente.

Como bem destaca Marinoni, com o neoconstitucionalismo:

[...] não há dúvida que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. (2010, p. 68).

Toda a legislação infraconstitucional – e mesmo os casos de lacuna legal – passou a ser interpretada nos moldes constitucionais, com vistas a atender aos anseios do legislador constituinte.

Assim, inúmeras foram as decisões do Poder Judiciário que passaram a borbulhar no ordenamento jurídico como nortes interpretativos ou mesmo como regras a serem seguidas.

A necessária adequação imposta pelo neoconstitucionalismo passou a exigir do Judiciário um papel criativo e muitas vezes inovador do direito, a exemplo do que se verifica no *common law*. A consequência direta disso foi um ainda maior fortalecimento do emprego da jurisprudência como praxe em nosso ordenamento *civil law*.

Outro dos cenários que propiciaram a intensificação do uso da jurisprudência foi a constante busca por efetividade e razoável duração da tutela jurisdicional. Apesar de instrumento a serviço da jurisdição, o processo civil, com seu formalismo excessivo, com as quase infindáveis vias recursais, dentre outros correntemente apontados vícios, acabou, com o passar dos tempos, tornando-se verdadeiro entrave à satisfação do direito material sob tutela.

Por via indireta, acabou também por ir de encontro e mesmo obstaculizar a consecução da moderna visão de acesso à justiça que aos poucos foi se consolidando e se tornando um ideal a se alcançar.

Segundo Watanabe,

O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º da Constituição Federal não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e, sim, um acesso qualificado, que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa [...] de forma efetiva, tempestiva e adequada. (2011, p. 04-05).

Eclodiram no cenário jurídico as mais variadas críticas e discussões a respeito. Sem falar nos reflexos de morosidade e insatisfação generalizada dos jurisdicionados, que levaram a tão conhecida e lamentável crise do Poder Judiciário.

Isso tudo fez com que o legislador, atento aos anseios de doutrinadores e dos demais operadores do direito, por meio de reformas passasse a internalizar, no próprio Código de Processo Civil, o uso quase obrigatório do que até então era apenas uma praxe costumeira.

A prática legislativa nesse sentido se intensificou após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que trouxe, dentre outras medidas, a previsão das súmulas vinculantes, numa verdadeira chancela à oficialização e regulamentação do uso de jurisprudência no ordenamento brasileiro.

Desta forma, inúmeras passaram a ser as situações que consolidaram o uso da jurisprudência como marco relevante dentro do processo civil. Sua análise e aplicação podem em alguns casos serem sentidas como verdadeira etapa decisiva dentro dos procedimentos.

É o que se vê, por exemplo, na situação das causas repetitivas previstas no art. 285-A do CPC, que pode levar a improcedência *prima facie* do pedido; ou quando da análise do prosseguimento recursal, que pode ser obstado quando a decisão recorrida estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, conforme previsto no art. 518, §1º do CPC.

A jurisprudência, em verdade, foi eleita quase como que uma tábua de salvação para a melhoria da efetividade do processo, dado seu notável potencial para contribuir com a celeridade sem que, em contrapartida, haja inaceitável violação às demais garantias e princípios fundamentais que revestem o processo.

A efetividade, em verdade, apesar de extremamente perseguida, é um valor deveras subjetivo e que congrega, no seu próprio conceito, uma série de valores a serem alcançados.

Para Dinamarco,

[...] a efetividade do processo constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais. (2008, p. 319)

Em termos práticos, a efetividade do processo:

Significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para

o exercício e respeito aos direitos e canal dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. (DINAMARCO, 2008, p. 320).

Nestes moldes, a própria prática prevista no citado art. 285-A do CPC, apesar de extremamente criticada no meio jurídico quando inserido no ordenamento por meio da Lei 11.277 de 07 de fevereiro de 2006, evidencia esse potencial.

Ao permitir o legislador que os magistrados de primeiro grau julguem improcedentes ações cuja matéria seja unicamente de direito e no juízo já houverem sido proferidas outras decisões de total improcedência, antes mesmo de citar o réu, abre-se a possibilidade para uma verdadeira desobstrução do Judiciário.

Desobstrução com a resolução de demandas que provavelmente, após ocuparem os cartórios, os serventuários, os magistrados, os advogados, e as próprias partes com anos de espera já têm seu resultado seguramente antevisto.

Mais que isso, demandas que pesam negativa e desnecessariamente na efetividade da tutela jurisdicional e nos anseios do próprio jurisdicionado. Este, se obtiver uma pronta resposta, pode ficar insatisfeito com o resultado da demanda – o que também acontecerá mesmo após o esgotamento procedimental se a resposta for negativa, mas provavelmente não se queixará de morosidade ou ineficiência na apreciação de sua causa.

E ao mesmo tempo em que se ganha em celeridade e efetividade, não se perde em contraditório e ampla defesa, tão sagrados ao Estado Democrático de Direito.

Isso porque, tais garantias destinam-se a assegurar aos litigantes em processo judicial, especialmente aos demandados, o poder de tomar conhecimento da existência de demanda contra si e, mais que isso, no poder de influenciar no convencimento do magistrado que a irá julgar. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Ocorre que o ápice da atividade do demandado nesse sentido é obter a improcedência da ação. Agora, o que dizer quando o demandado se depara exatamente com esse resultado sem a necessidade de sua ativa participação. Por certo que de nenhum prejuízo terá que se queixar.

Sem falar no fato de que o não esgotamento procedimental não compromete o convencimento do magistrado, que já se encontra formado pelas

análises feitas nos anteriores casos idênticos, que, por serem unicamente de direito e independerem de produção probatória, não sofrerão alterações casuísticas.

Também se ganha em termos de segurança jurídica, já que causas idênticas de um mesmo juízo receberão tratamento idêntico. E mais, em um razoável lapso temporal.

Por óbvio que o mecanismo em referência deve ser aplicado com critério e parcimônia, sob pena de implicar em arbitrariedades e retrocesso a todas as conquistas já consolidadas em nosso ordenamento (THEODORO JR.; 2006).

Mas, apesar disso, é inegável seu avanço, que se frise inspirado na prática jurisprudencial, em termos de celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, ainda mais se considerado que aquela se relaciona com o princípio da razoável duração do processo por intermédio do qual se busca “o processo mais rápido possível considerando todos os outros princípios da justiça” (BUENO, 2012, p. 16).

Em paralelo a estes anseios, outra das justificativas para a intensificação do uso da jurisprudência foi a busca por uma maior concretização de outro sagrado valor constitucional: o princípio da isonomia. (WAMBIER, 2012).

Não obstante a lei, fonte maior de nosso ordenamento *civil law*, ser em tese igual para todos, sua amplitude de interpretações quando posta a apreciação perante o Judiciário sempre levou e leva a patentes desigualdades nos casos concretos. Desigualdades estas que no mais das vezes refletem intoleráveis injustiças.

Assegura-se a igualdade de tratamento em uma sociedade de massa, quando o Judiciário consegue submeter hipóteses iguais a mesma apreciação, obtendo assim resultados iguais. Com isso, observam-se inúmeros indivíduos buscarem decisões iguais e condizentes com as respostas dadas pelo poder público as pretensões discutidas. A relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas exerce um papel fundamental nesse momento (CAMBI; BRITO, 2009).

Quantos não são os casos em que questões jurídicas idênticas recebem tratamentos completamente diferentes em decorrências de diferentes análises e interpretações feitas por magistrados de um mesmo dispositivo legal.

Além das subjetividades hermenêuticas, pesa ainda a questão das chamadas cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, cada vez mais correntes nos textos oriundos do Poder Legislativo.

Diante da frenética evolução da sociedade, é tarefa quase impossível ao legislador manter a produção legiferante atual e suficiente.

Uma das formas encontradas para que o direito, em especial em um ordenamento *civil law* cuja base ainda é a lei, não se perdesse em meio a tanta evolução foi justamente a adoção das chamadas cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados (BARBOSA, 2012).

Estes nada mais são do que técnicas legislativas que conferem ao intérprete da lei com base nelas elaboradas, em especial aos membros do Poder Judiciário, grande margem de subjetividade em sua aplicação, de modo a propiciar a abrangência a um maior número de situações possível.

Como bem destaca Didier Jr.:

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa [...] é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a “standards”, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. (2014, p. 02-03)

Em nosso ordenamento, vários são os exemplos a serem citados nesse sentido: a boa-fé processual e o poder geral de cautela do juiz, previstas, respectivamente nos artigos 14, II e 789 do Código de Processo Civil; os conceitos de dano irreparável ou de difícil reparação ou mesmo de abuso do direito de defesa previstos como requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela no art. 273, I e II do Código de Processo Civil; a flexibilização procedimental e o conceito de providência que assegure o resultado prático equivalente do art. 461 do CPC, dentre inúmeros outros casos.

Todos os dispositivos em questão se caracterizam por notória liberdade de interpretação e de aplicação. Conceitos como boa-fé se revestem de grande carga de subjetividade. Uma conduta considerada de boa-fé para um pode não ser para outro.

Assim, em que pese seu salutar potencial para a vivacidade normativa, essa tendencial técnica legislativa acaba por agravar ainda mais a diversidade de decisões sobre casos idênticos e, conseqüentemente, a violação ao princípio da isonomia.

Neste contexto, exsurge a jurisprudência como contrapeso ou meio de conciliação entre a vivacidade normativa e o princípio da isonomia e da segurança jurídica (PAGANINI, 2012). Até porque esta técnica legislativa é mais um modo de intersecção entre o *civil law* e o *common law* (CAPELOTTI, 2012).

Por intermédio dela é possível a manutenção da vivacidade normativa pelas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados sem que, em contrapartida, haja frontal e crescente violação ao princípio da isonomia.

Na medida em que os posicionamentos jurisprudenciais sobre as especificidades das cláusulas gerais e conceitos indeterminados se consolidam casuisticamente, bem como os dispositivos processuais vão cada vez mais internalizando o uso da jurisprudência, restringe-se consideravelmente a margem de subjetivismos hermenêuticos e, por consequência, a violação do referido princípio. Este, portanto, é mais um fator a justificar a intensificação do uso da jurisprudência em nossa atual realidade jurídica.

Há outro elemento, por fim, que pesa consideravelmente no mesmo sentido. Este, entretanto, por ser o elemento de maior relevo e abordagem no presente trabalho, merece abordagem específica, que se pretende fazer a seguir.

2.1.2 A relação com o princípio da segurança jurídica

Como até agora visto, a intensificação do uso da jurisprudência em nosso ordenamento de tradição *civil law*, deu-se por uma série de fatores que, correlacionados ou não, encontraram-se como um meio de otimização e mesmo solução para alguns graves problemas enfrentados pela ordem jurídica contemporânea.

Um deles, e talvez um dos principais, é a questão da segurança jurídica.

Tomando-se por base os principais contornos conceituais traçados no primeiro capítulo deste trabalho, tem-se que a segurança jurídica, muito embora não expressa no texto constitucional, é um princípio constitucional implícito. Ele pode ser extraído dos demais princípios constitucionais, do modelo de Estado Democrático de Direito adotado e do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Por este motivo, dada sua matriz constitucional, o princípio se irradia por todo o ordenamento jurídico como valor a ser perseguido e efetivado. Além de inúmeros institutos e previsões legislativas criadas com o intuito de garantir a segurança jurídica, também a jurisprudência – e as consequentes previsões legais a ela relacionadas - teve seu uso intensificado sob a justificativa de prestigiá-la.

Isso porque, vai de encontro aos anseios de previsibilidade, estabilidade e continuidade do ordenamento jurídico, elementos cerne da segurança jurídica (MORAES, 2007).

O conceito de segurança jurídica relaciona-se intimamente com a confiança do cidadão no ordenamento jurídico e nas instituições estatais, confiança esta que só pode ser alcançada quando referidos anseios ou valores – de previsibilidade, estabilidade e continuidade - se encontram sólidos (MARINONI, 2013).

Todo o cenário narrado no início deste capítulo, em especial no que concerne à questão dos subjetivismos hermenêuticos, das cláusulas gerais e da diversidade de pronunciamentos judiciais sobre casos idênticos, mostra-se extremamente nocivo também à segurança jurídica, por afetar de forma direta a confiança do cidadão nas leis e no Poder Judiciário.

Não há como esperar ou exigir do jurisdicionado que contenha seus impulsos, abdique da autotutela e confie no Estado e no Poder Judiciário para a solução dos seus conflitos, se estes, ainda que idênticos, são resolvidos de maneiras distintas.

Não há como exigir confiança do cidadão que tem um pedido negado no Judiciário e dias depois se depara com um vizinho que teve, num caso idêntico, seu pedido concedido.

Com a garantia, ou ao menos prenúncio, de que determinada lei ou mesmo determinado caso em que haja lacuna legal sejam interpretados nos mesmos parâmetros de casos idênticos já julgados pelo Judiciário, garante-se também ao cidadão um mínimo de estabilidade, previsibilidade e continuidade. Não

só para que confie no Estado para resolução do seu conflito, como também para que tenha parâmetros seguros para continuar a organizar sua vida em sociedade. (MANCUSO, 2007).

As já citadas alterações legislativas que internalizaram a jurisprudência no processo civil vão de encontro também a este desiderato. Inovações como a do mencionado art. 285-A do CPC, além da celeridade e efetividade, atendem também à segurança jurídica, na medida em que determina que casos idênticos sejam julgados da mesma forma, pelo menos nos limites de um mesmo juízo e no que atine às matérias unicamente de direito.

No mesmo sentido, a já mencionada previsão do art. 518, §1º do CPC, a impor o não recebimento do recurso de apelação quando a decisão recorrida estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Sem falar nas inúmeras outras previsões, como a questão da repercussão geral e das peculiaridades trazidas para o julgamento dos recursos repetitivos, dispostas nos artigos 543-A, 543-B e 543-C do CPC, que têm, dentre outros anseios, o nítido intuito de prestigiar a segurança jurídica, ao estimular a uniformização de posicionamento sobre questões idênticas e fazer com que casos iguais tenham o mesmo desfecho no Poder Judiciário.

Além de efetivar a prestação jurisdicional com o afastamento de recursos de antevistos resultados, que por via reflexa desobstrui o Judiciário e garante uma resposta mais rápida e eficaz ao jurisdicionado, todas as previsões em referência contribuem diretamente para a satisfação da segurança jurídica.

Em todo este contexto, a jurisprudência mais uma vez se destaca como justo fator de otimização de valores fundamentais, na medida em que, ao estimular o emprego de pronunciamentos judiciais unificados, propicia o prestígio à segurança jurídica sem nociva violação a outros princípios tão relevantes quanto o da razoável duração do processo, do livre convencimento motivado, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, dentre outros.

Por óbvio que a colisão de princípios e garantias fundamentais, tão corrente em nosso sistema jurídico, também se cogita e se discute nos exemplo acima citados. A inserção da jurisprudência sob a roupagem das referidas inovações legislativas não passa imune a críticas.

Para Cambi, por exemplo:

As súmulas persuasivas, ao restringirem o direito de recorrer (v.g art. 518, §1º, CPC), modificam as garantias fundamentais do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), possuindo eficácia idêntica à lei. Logo a constitucionalidade das regras que atribuem às súmulas meramente persuasivas a função de súmulas impeditivas de recurso é duvidosa, porque retiram garantias fundamentais sem previsão na Constituição. (2009, p. 163).

O esgotamento das críticas a respeito destas previsões não é o foco do presente trabalho. Por este motivo, superada a questão de prós e contras, não se pode desconsiderar que o uso da jurisprudência vem se mostrando, dentro das máximas da recorrida técnica da ponderação, a melhor alternativa para a convivência harmônica e equilibrada de todos os direitos fundamentais inerentes ao processo.

Também se mostra, desde que correta e cautelosamente aplicado, um hábil mecanismo de prestígio à segurança jurídica.

A utilização deturpada da jurisprudência tem, em violação, o mesmo potencial de prestígio do princípio em questão. Esta, entretanto, por fazer parte do cerne problemático deste trabalho, terá análise oportuna em item a ele destinado.

2.1.2.1 *Common law, civil law* e o tratamento despendido à segurança jurídica

Apesar de todas as justificativas acima despendidas evidenciarem que o emprego de jurisprudência, no atual cenário jurídico brasileiro, intensificaram-se também como forma de garantia e prestígio à segurança jurídica, nem sempre essa máxima foi vista como possível ou mesmo admissível.

A história do *civil law*, em verdade, indica que sua formação se deu sob ideais totalmente antagônicos à realidade que ora se vislumbra.

Os moldes basilares do *civil law* foram construídos após a Revolução Francesa, onde o povo, cansando de arbitrariedades e imbuído por ideais iluministas, derrubou as monarquias absolutistas em busca de liberdade, igualdade e fraternidade.

Como forma de alcance e manutenção desses anseios o sistema se estruturou na tripartição de Poderes, sugerido por Montesquieu (2005), levando à criação de Poder Executivo, Legislativo e Judiciário com funções bem delimitadas.

Em razão da histórica postura corruptível e influenciável do Judiciário nos tempos de absolutismo, onde os cargos eram hereditários, a este Poder impuseram-se rígidas limitações de atuação, como forma de assegurar e manter a consecução do novo sistema e dos novos valores instaurados.

O Judiciário deveria se restringir à mera aplicação das leis criadas pelo Legislativo, sem qualquer liberdade interpretativa. Cabia-lhe simplesmente encontrar a lei adequada ao caso concreto e impor sua observância.

Pela falta de credibilidade do Judiciário, a confiança dos cidadãos se depositava essencialmente nas leis criadas pelo Legislativo, vistas no contexto da época como o mais seguro impedimento para o retorno do absolutismo. Ou seja, a lei era a fonte suprema de confiança dos cidadãos, de segurança jurídica.

Nesse sentido,

Com a ideia de supremacia da lei e do parlamento no civil law, a produção legislativa, especialmente dos códigos, se proliferou, formando-se a ideia de completude do sistema a partir da lei. Acreditava-se que somente a lei poderia conferir certeza, previsibilidade e garantir a estabilidade do ordenamento, protegendo as liberdades e garantindo a igualdade conquistada com a Revolução. Houve uma verdadeira substituição do absolutismo do rei pelo absolutismo da lei. (POLICHUK, 2011, 120-121).

Por este motivo, a utilização de jurisprudência como fonte do direito neste cenário era inconcebível. O mesmo não ocorreu, contudo, nos países que se estruturaram sob as premissas do *common law*. Este sistema jurídico se formou, em verdade, em contexto histórico diverso do que levou à formação do *civil law*, o que justifica a diversidade de premissas e estruturação.

A busca por liberdade e pela derrocada do absolutismo nos países anglo-saxões se deu com a Revolução Gloriosa na Inglaterra, cujas ideias, apesar de semelhantes aos da Revolução Francesa, tiveram o alcance planejado e executado de forma bastante distinta.

Enquanto que a Revolução Francesa criou a lei como fonte suprema de segurança jurídica pela falta de confiança no Poder Judiciário, a Revolução Gloriosa encontrou neste Poder um grande aliado, juntamente com o Poder Legislativo, no combate aos arbítrios dos monarcas absolutistas.

O típico conservadorismo dos cidadãos ingleses fez com que a Revolução Gloriosa não fosse tão drástica quanto a Francesa. Resumiu-se basicamente na limitação dos poderes da monarquia aos interesses do povo.

Diferentemente do que acontecia na França, na Inglaterra os juízes eram dignos de confiança, e em grande parte, menos volúveis ao sistema até então vigente. Isso fez com que a função de adaptar, criar, manter e aplicar o direito fosse transferida para o Poder Judiciário.

Os juízes tinham não só a liberdade, mas principalmente o dever de interpretar o direito para que o mantivesse sempre vivo e atual, encontrando na utilização dos precedentes o melhor meio para fazê-lo.

Ressalte-se que o *common law* não se caracterizava – e não se caracteriza - pela completa ausência de leis.

Nas palavras de Marinoni:

O que realmente varia do civil law para o common law é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No common law, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, nesse sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. (MARINONI, 2010, p. 56).

Fato é que as poucas leis existentes eram suficientes para viabilizar a interpretação e aplicação pelo Judiciário, em virtude justamente da liberdade hermenêutica e criativa que a este Poder sempre se conferiu.

Além disso, os casos concretos julgados nesta perspectiva passaram também a integrar o sistema jurídico como fonte do direito e como paradigma para o julgamento de casos futuros semelhantes, dando margem à formação do sistema de precedentes.

Pela natural capacidade de auto-alimentação e conseqüente dispensabilidade de intensificação da atividade legislativa, os precedentes passaram a embasar condutas e o próprio direito, tornando-se a principal base e fonte do *common law* (ALEXANDER; SHERWIN, 2007).

Logo, nos precedentes é que passou a residir a garantia da segurança jurídica (NOGUEIRA, 2011).

É com base neles que os cidadãos passaram a projetar suas vidas e seus negócios. São eles que passaram a garantir a necessária estabilidade, previsibilidade e continuidade do ordenamento jurídico, na exata medida em que propiciam uma prévia e segura noção sobre a interpretação e aplicação do direito num determinado caso concreto. Enfim, a correta e segura utilização dos precedentes passou a refletir na confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico vigente.

Estas premissas, sob as quais se estruturou o *common law*, permitiram que o ordenamento se mantivesse vivo e atual diante das evoluções sociais, dispensando grandes alterações sistemáticas.

Por este motivo, ainda nos tempos atuais o precedente ainda é a grande fonte de segurança jurídica nos países de *common law*.

Já nos países de *civil law*, especificamente no Brasil, o mesmo não se pode afirmar. Como exposto anteriormente, o sistema, nos moldes em que consolidado, apresentou falhas e conseqüente necessidade de reajustes para se manter hábil a regulação da vida em sociedade, o que demandou várias alterações na tentativa de solucionar o problema.

Na torrente de modificações, a prática precedentalista do *common law*, com as devidas adaptações para jurisprudência, foi gradualmente incorporada com o condão de uma melhoria sistêmica, com fins de otimizar a tutela jurisdicional e propiciar uma maior garantia dos direitos fundamentais, dentre os quais, o da segurança jurídica.

Com isso, não se pode mais dizer que nos países de *civil law* a lei é a fonte única e máxima de segurança jurídica (DRUMMOND; CROSETTI, 2012).

Ao menos no que diz respeito à realidade brasileira, a segurança jurídica passa também a repousar na jurisprudência, que, apesar de divergências já assumiu a posição de fonte primária do direito (MANCUSO, 2007).

Por este motivo, sua utilização, já que não originária ao modelo jurídico adotado, demanda estudos, ponderação e principalmente cautela, sob pena de implicar em completa inversão do sistema e seus valores fundamentais.

2.2 A crise da segurança jurídica

Como reiteradamente já afirmado, o uso de jurisprudência se intensificou no ordenamento jurídico brasileiro como forma de, entre outros objetivos, garantia e prestígio à segurança jurídica.

Foi um modo de otimização encontrado para resolver os problemas oriundos de vícios inerentes à utilização do *civil law*, bem como meio de atualização e manutenção de sua vivacidade ante as constantes evoluções sociais.

Ocorre que, como também já prenunciado neste trabalho, a incorporação de um instituto típico do *common law* em um sistema de formação histórica e estrutural tão divergente exige um acurado estudo e, principalmente, uma criteriosa e cautelosa prática, sob pena de refletir em resultados antagônicos aos almejados, bem como em nocividade aos valores que justamente se buscou prestigiar segurança jurídica.

Infelizmente, o que se pode notar no atual cenário jurídico brasileiro é um limítrofe caminhar para este perigoso destino, cujos caminhos, se não retraçados de forma estratégica e ponderada, podem levar a um cenário pior do que o encontrado antes do fenômeno da incorporação.

Isso porque, a utilização da jurisprudência vem se intensificando a tal ponto que muitas vezes se perdem de vista todos os ideais e, principalmente, os valores constitucionais que se buscou consagrar com a sua admissão.

Valer-se da jurisprudência é quase que uma tábua de salvação para os problemas da crise do Judiciário, em especial a morosidade, o que acaba levando à sua utilização descomedida e desenfreada.

O próprio conceito de jurisprudência, teoricamente entendida como o posicionamento dominante e reiterado de um determinado Tribunal sobre um determinado assunto, vem sendo deturpado.

Inúmeros são os casos em que posicionamentos isolados orientam inúmeros outros julgamentos. Pior que isso, casos em que esses posicionamentos isolados acabam sendo sumulados e depois utilizados como forma de impedir o prosseguimento de recursos ou mesmo viabilizar o julgamento monocrático pelo relator.

Não bastasse, para agravar ainda mais a situação, convive-se no ordenamento brasileiro com diversos julgamentos conflitantes sobre o mesmo assunto, que retiram do jurisdicionado a necessária previsibilidade quanto ao tratamento e desfecho do seu caso posto à apreciação do Judiciário.

Além da ausência de uniformidade, convive-se ainda com a falta de estabilidade da jurisprudência ou até mesmo das já correntes decisões paradigmáticas.

Nem mesmo com estas pode o jurisdicionado seguramente contar para organizar sua vida, seus negócios, pautar suas condutas, já que a qualquer momento podem ter seu conteúdo radicalmente alterado sem qualquer justificativa.

Como bem pondera Marinoni (2012, p. 563-564), “um ordenamento inidôneo a viabilizar previsibilidade não pode ser qualificado de jurídico”, reforçando-se, com isso, que o uso equivocado da jurisprudência compromete as próprias bases do Estado Democrático de Direito.

Em verdade,

As decisões do Superior tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual. Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o completo descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso configura um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico. Como é óbvio, também porque a segurança jurídica é direito fundamental e subprincípio concretizador do Estado Democrático de Direito, tais decisões não podem ser ignoradas, admitindo-se a sua fácil e constante alteração no âmbito da Corte e permitindo-se que os juízes de primeiro grau e tribunais ordinários possam livremente delas discordar ou sequer considerá-las. (MARINONI, 2012, p. 564-565).

Sem falar nas já mencionadas inúmeras reformas legislativas que internalizaram a jurisprudência no processo civil, e que vêm causando sérios problemas quando da sua aplicação prática.

Estas reformas, apesar do salutar potencial por conterem grande carga de subjetividade, vêm sendo interpretadas e aplicadas das mais diversas formas, de modo a gerar não só injustiças, mas muitas vezes arbítrios judiciais, mazelas estas inconcebíveis para um Estado Democrático de Direito.

Apesar de legalmente previstas, esta forma de utilizar jurisprudência acaba por pesar de forma negativa na previsibilidade do ordenamento jurídico, uma

vez que as mais diversas interpretações a elas conferidas podem implicar em desagradáveis surpresas ao jurisdicionado que, mais uma vez, não tem qualquer segurança quanto ao destino do seu problema posto à apreciação judicial.

A internalização das boas práticas do *common law*, como no caso dos precedentes, só será realmente frutífera para melhoria do sistema *civil law* quando se compreender a essência daquele sistema como um todo e, principalmente, se fizer a correta adaptação para as peculiaridades do ordenamento destinatário.

Não se pode simplesmente impor a utilização descomedida da jurisprudência sem a correta percepção teórica de sua real função e possíveis implicações.

O que se pode atualmente notar é um país de *civil law* em que a jurisprudência ou seus consectários muitas vezes têm mais força do que a própria lei, a exemplo do que ocorre com as súmulas vinculantes.

Um país de *civil law* onde os posicionamentos jurisprudenciais, ainda que cambaleantes e dispersos, são muito mais levados em conta como razão de decidir do que a própria lei. Se há uma lei em vigor e uma jurisprudência dizendo que o ato normativo não deve ser aplicado, na grande maioria dos casos esta prevalecerá.

Tudo isso faz com que o jurisdicionado acabe voltando suas atenções muito mais à jurisprudência do que a própria lei, já que, dependendo do caso, é aquela que irá pesar no julgamento, ou ainda será utilizada como razão de decidir.

O resultado é que a jurisprudência passa a ser foco e fonte de segurança jurídica, e não mais apenas um meio de garanti-la. Isso justifica não só maiores preocupações com sua utilização como principalmente exige o cuidado necessário para garantia e manutenção desse valor tão sagrado ao Estado Democrático de Direito.

Os principais fatores que contribuem com a crise da segurança jurídica pela utilização da jurisprudência serão a seguir brevemente analisados para, no capítulo seguinte, tentar-se apontar possíveis saídas ao convívio harmônico, para a manutenção do sistema jurisprudencial e o resgate da segurança jurídica.

2.2.1 A relativização da coisa julgada

A coisa julgada e sua relativização são de tamanha complexidade que seu estudo comportaria, sozinho, toda uma dissertação de mestrado ou tese de doutorado.

Entretanto, apesar de sua profundidade, fazem-se necessárias algumas breves incursões nos principais pontos discutidos na atualidade sobre o tema, já que se intersectam com a problemática versada neste trabalho.

Sabe-se, como já afirmado, que a coisa julgada consiste em um dos corolários constitucionais dos quais se extrai o princípio da segurança jurídica. Ou seja, é por consequência um dos corolários, portanto, da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

Apesar das inúmeras proposições conceituais, tem-se por certo que a coisa julgada consiste na imutabilidade que atinge uma decisão judicial, cujo comando, por passar a ser a lei vigente entre as partes num determinado caso concreto, deve se revestir dessa qualidade para que esta decisão se imponha no mundo jurídico e se lhe possa exigir o cumprimento (LIEBMAN, 2006).

Destaque-se, por oportuno, que a imutabilidade propriamente dita, que impede o ajuizamento de uma nova ação, refere-se à coisa julgada material, assim entendida quando os comandos da decisão proferida tornam-se imutáveis dentro e fora do processo (SANTOS, 2012).

Já a chamada coisa julgada formal consiste apenas em uma preclusão processual, ou seja, a impossibilidade de rediscussão do caso dentro daquele processo já extinto, cuja decisão não comporta mais recursos, quer pelo decurso do prazo quer pelo esgotamento da via recursal.

A garantia da imutabilidade da coisa julgada é imprescindível não só para a segurança jurídica como também para manutenção do ordenamento jurídico, da credibilidade do Poder Judiciário e do próprio Estado.

Se não há confiança na autoridade da tutela jurisdicional, na estabilidade e exigibilidade das decisões que dela emanam, instaura-se no ordenamento uma grave crise de credibilidade e soberania.

Tradicionalmente, a coisa julgada é passível de relativização pela ação rescisória, dentro das hipóteses taxativamente previstas no art. 485 do Código

de Processo Civil, as quais, entendeu o legislador, contemplam situações ou revestem princípios tão caros ao ordenamento jurídico quanto a imutabilidade da coisa julgada. Por este motivo, dentro das máximas da ponderação, sobrepõe-se a ela como forma de tutela a um bem maior.

Estas hipóteses, apesar de irem de encontro à segurança jurídica num determinado ponto, há tempos são pacificamente admitidas como justas e válidas, visto que nenhum princípio ou garantia fundamental é absoluto.

Ocorre que os mesmos fenômenos que propiciaram a intensificação do uso da jurisprudência e a sua própria utilização vêm acarretando uma certa abrangência nas hipóteses de relativização da coisa julgada. Questão essa que, dentro das justificativas já expendidas a respeito, também deve ser vista com cautela e parcimônia, sob pena de atingir frontalmente – e sem ponderações justificáveis – o princípio da segurança jurídica.

A ampliação do controle de constitucionalidade das normas, quer concentrado quer difuso, em conjunto com os ideais do neoconstitucionalismo passaram a colocar em xeque a questão da coisa julgada inconstitucional.

Passou a se questionar se a imutabilidade da coisa julgada deve ser mantida nos casos de posterior declaração de inconstitucionalidade da lei com base na qual a decisão judicial foi proferida.

Mais que isso, se a imutabilidade deve ser mantida quando a decisão confrontar princípios e garantias fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o direito à filiação, o direito à uma decisão judicial justa, dentre outros.

Algumas correntes doutrinárias passaram a borbulhar nesse sentido, levando consigo alguns posicionamentos jurisprudenciais que autorizaram a relativização da coisa julgada diante do contexto mencionado.

Um clássico exemplo é o que se verificou e se verifica com cada vez mais intensidade nas ações de investigação de paternidade, em que mesmo após o trânsito em julgado de uma decisão negativa ou improcedente, autoriza-se a propositura de nova ação e a prolação de nova decisão judicial com base em novas e contundentes provas da paternidade, mais especificamente com base no exame de DNA.

A justificativa reside no fato de que a paternidade e o direito de filiação estão mais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e que, diante

de uma análise ponderada, tendem a prevalecer em detrimento da imutabilidade com vistas à garantia da segurança jurídica.

Nesse sentido,

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 363.889/DF, Relator: Ministro Dias Toffoli, 2011).

Ainda:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR - SÚMULA N. 7 DO STJ - COISA JULGADA - FLEXIBILIZAÇÃO - POSSIBILIDADE DE REPROPOSITURA DA AÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

3. "Não se deve perder de vista que a pretensão deduzida na investigação fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), encontrando apoio na busca da verdade real. Destarte, máxime em ações de estado, não se apresenta aconselhável privilegiar a coisa julgada formal em detrimento do direito à identidade genética, consagrado na Constituição Federal como direito fundamental, relacionado à personalidade." "Descabe, assim, na espécie, recusar o ajuizamento da nova ação (CPC, art.268), quando há apenas coisa julgada formal decorrente da extinção do processo anterior e a ação posteriormente proposta atende aos pressupostos jurídicos e legais necessários ao seu processamento." (REsp 1215189/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011)

4. *In casu*, o egrégio Tribunal *a quo* asseverou que a demanda anteriormente ajuizada não fez uso do exame de DNA, sendo julgada improcedente por inexistir prova idônea da pretensão, motivo pelo **qual é possível flexibilizar a coisa julgada, em face do princípio da dignidade da pessoa humana**. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg. nos

EDcl. no REsp. 1201791 / SP, Relator: Ministro Marco Buzzi, 2013). (grifo nosso).

Mas além desta situação, que já se tornou corrente e tem dispensado maiores críticas, há outras hipóteses de relativização da coisa julgada que eclodem em nosso ordenamento e merecem, pela íntima relação com o uso da jurisprudência e pela forma com que ele se dá, uma mais detida análise.

Uma delas é a possibilidade genérica de se afastar a coisa julgada sempre que a decisão for considerada injusta, especialmente por violar um direito ou garantia fundamental.

Apesar de ter dentre seus adeptos renomados juristas como Cândido Rangel Dinamarco (2013) e Humberto Theodoro Junior (2003), a hipótese recebe fortes críticas e tende a, aos poucos, não passar de mera teoria.

Alguns posicionamentos jurisprudenciais isolados neste sentido, como o abaixo transcritos, também podem ser encontrados. A alegação é de que a sentença com fortes vícios, como a injustiça, nunca chegou a existir validamente no ordenamento jurídico, razão pela qual pode a qualquer momento ser desconstituída por uma ação declaratória de nulidade.

À título ilustrativo:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NULIDADE. AÇÃO DECLARATÓRIA. DOMÍNIO. DÚVIDAS. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. A Turma desproveu o recurso ao entendimento de que é cabível a ação declaratória de nulidade de ato jurídico para eventual desconstituição da coisa julgada por ocorrência de vícios insanáveis em ação de desapropriação indireta. No caso, cabe à autora recorrente proceder à produção de provas mormente quanto à titularidade da área objeto de expropriação, sem prejuízo de relativização da coisa julgada, pois presente outro valor mais relevante, i.e., o da carência de ação. Constatada, pois, a necessidade de haver mais esclarecimentos sobre a questão do domínio que, com efeito, não foi julgada, cabível a perícia meticulosa a ser feita na área onde se encontra encravada a tal propriedade expropriada no Parque Estadual de Jacupiranga. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Informativo de Jurisprudência nº 324 de 2007, extraído do REsp 710.599/SP, Relator: Ministra Denise Arruda, 2007).

O rechaço da hipótese se dá principalmente em razão de que, pela falta de maiores critérios, abre margem extremamente ampla e subjetiva de relativização, propiciando que se cometam arbitrariedades e injustiças, valor este que, aliás, justifica combater.

Sem falar na patente violação ao princípio da segurança jurídica, na medida em que uma decisão judicial suscetível de alteração a qualquer momento não confere nenhuma estabilidade e previsibilidade ao jurisdicionado e, pior que isso, retira-lhe por completo a confiança no ordenamento jurídico e no Poder Judiciário.

Nesse sentido, são as críticas expendidas principalmente por José Carlos Barbosa Moreira (2006), Nelson Nery Jr (2006), Luiz Guilherme Marinoni (2010-A) e Fredie Didier Jr. (2011).

Para este (p.455), “não se pode compactuar com a ‘idéia de uma cláusula aberta de revisão de sentenças’, em razão de injustiça/desproporcionalidade/inconstitucionalidade”. Justifica seu posicionamento com base em diversos fundamentos, dentre os quais se destacam:

[...] a decisão jurisdicional é a única apta a ficar imune pela coisa julgada; ou seja, a decisão judicial é o único ato de poder que pode ser definitivo [...] essa qualidade específica justifica-se no fato de a decisão jurisdicional ter de ser a última, aquela que prescreve a solução normativa para o caso concreto, evitando a perpetuação da insegurança jurídica [...] A coisa julgada impede o reexame pela lei, por ato administrativo e, principalmente, pelo próprio Poder Judiciário [...] é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. **Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la.** (DIDIER JR, 2011, p. 456-457). (grifo nosso).

Além das severas e pertinentes críticas nesse sentido, a tese também não encontra guarida no Supremo Tribunal Federal, que em reiteradas oportunidades já se pronunciou pela relativização atípica da coisa julgada apenas nos casos de investigação de paternidade.

Neste aspecto, portanto, ao que parece a coisa julgada e a segurança jurídica ainda tendem a permanecer asseguradas, num relevante ganho ao ordenamento jurídico, à credibilidade das instituições estatais e ao próprio Estado Democrático do Direito.

Outra das situações bastante atreladas à relativização da coisa julgada relaciona-se às previsões dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambas inseridas no Código de Processo Civil pela Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005.

Os dispositivos referem-se à possibilidade do devedor em cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, respectivamente,

alegar a inexigibilidade do título quando este se fundar em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Estas inovações causaram e ainda causam grande repercussão no cenário jurídico, em especial pela discutível violação ao princípio da segurança jurídica.

Ao inserir tais previsões, o legislador absteve-se de regulamentar quaisquer marcos temporais, possibilitando que determinado título executivo baseado em lei ou atos normativos inconstitucionais ou incompatíveis com a Constituição tenham sua exigibilidade afastadas, independentemente do momento em que produzidos.

E pior, especificamente com relação ao título judicial, que se afaste a exigibilidade independentemente da interpretação ou jurisprudência consolidada a respeito da referida lei ou ato normativo à época da decisão judicial com trânsito em julgado.

Como pode o cidadão confiar nas instituições postas se, após aguardar longos anos para obtenção de uma sentença favorável à tutela do seu direito recebe a notícia de que a obrigação consubstanciada nesta sentença, apesar de ter se tornado imutável, não pode mais ser exigida em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade ou eventual mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal?

De que adianta ter todo um ordenamento jurídico sistematizado em leis, com fins à garantia de um mínimo de segurança ao cidadão para programar sua vida e seus negócios sem ingerências ou alterações arbitrárias se, justamente quando ele precisa se socorrer deste ordenamento, a tutela que lhe é conferida, apesar de já aperfeiçoada e imutável, acaba não tendo nenhum valor prático em virtude de um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em outro caso concreto?

Se ao menos o legislador houvesse limitado referidas previsões aos casos em que, quando da prolação da decisão judicial ou da formação do título executivo já pairasse no ordenamento a declaração de inconstitucionalidade ou posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a incompatibilidade da lei ou ato

normativo com a Constituição Federal, até se poderia cogitar sobre um possível caráter salutar de mais esta forma de relativizar a coisa julgada.

Isso na medida em que propiciaria a correção e adequação de uma decisão judicial dissonante do contexto jurisprudencial em que proferida, conseqüentemente assegurando a uniformidade das decisões judiciais, o princípio da isonomia e da segurança jurídica.

Mas ainda assim, acabaria, noutro lado, por negar a validade do próprio ordenamento jurídico.

Num sistema como o nosso, onde qualquer juiz pode fazer o controle difuso de constitucionalidade, permitir que a decisão por ele prolatada se torne inexigível por declaração de inconstitucionalidade ou posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal é corroborar com a tese de que o Judiciário erra, e que sua sentença pode ser corrigida a qualquer momento.

É admitir que, apesar de formalmente autorizado, o controle difuso tem pouca ou nenhuma valia.

Mais que isso, é conceber, num ordenamento onde impera a máxima que os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal - exceto os formalizados em súmulas vinculantes - não vinculam os demais membros do Judiciário, que nenhuma decisão judicial terá validade prática se não tiver a chancela ou não estiver de acordo com o entendimento desta Corte.

Desse modo:

Admitir que um processo se desenvolva por anos e gere uma sentença proferida por um juiz que tem dever de controlar a constitucionalidade, para posteriormente se dar ao executado o poder de alegar uma declaração de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada material, constitui grande aberração, a violar, de uma vez só, o poder dos juízes e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, para não falar nas ilogicidades de menor relevância, como a de impor à administração da justiça o tempo, o trabalho e o custo dos processos individuais que por anos se desenvolveram para se chegar a uma sentença que, muito embora indiscutivelmente legítima, é posteriormente riscada do mapa. (MARINONI, 2010, p. 131-132).

Ainda que se cogite na ausência de retroatividade do direito pelo fato de que a lei declarada inconstitucional nunca chegou a existir validamente, e, portanto, não chegou a decisão judicial nela embasada a transitar em julgado, como defendem Wambier, Wambier e Medina (2006), não se pode negar que a

possibilidade de, a qualquer momento, impor-se a inexigibilidade do título judicial por declaração de inconstitucionalidade perpetua uma constante insegurança jurídica.

Em síntese, a consequência é mais uma grande perda na credibilidade das decisões judiciais, do Judiciário e do próprio sistema jurídico, ferindo frontal e arbitrariamente não só a própria coisa julgada como também a proteção da confiança, outro relevante corolário da segurança jurídica.

A situação é extremamente crítica e dá nítidas amostras de como a utilização descomedida e imprudente da jurisprudência pode implicar em nociva violação à segurança jurídica e às próprias bases do Estado Democrático de Direito.

Felizmente o Supremo Tribunal Federal já voltou os olhos a esta questão, pronunciando-se, em recente julgado, sobre a intangibilidade da coisa julgada mesmo nos casos de posterior declaração de inconstitucionalidade.

No julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 592.912/RS, o ministro relator Celso de Mello deixou claro, na própria ementa, referido posicionamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL -PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” - “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

- A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc” - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante

dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes.

- O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AgRg no RE 592.912/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, 2012).

A decisão, além das indispensáveis reflexões propostas, consiste em hábil mecanismo para subsidiar o afastamento das previsões dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, as quais, por todas as críticas já expendidas, são de duvidosa constitucionalidade.

Não bastasse, a decisão pode ser vista como um salutar paradigma a trazer bons prenúncios.

Prenúncios não apenas sobre um maior rigor na relativização da coisa julgada, que anteriormente já se podia notar como tendência nesta Corte, mas principalmente sobre um maior enaltecimento e preocupação com o uso da jurisprudência e sua repercussão na segurança jurídica.

2.2.2 A falta de uniformidade das decisões judiciais

Outro fator que contribui para a crise da segurança jurídica com a utilização de jurisprudência é a ausência de uniformidade das decisões judiciais.

Como afirmado, a jurisprudência já assume junto com a lei o papel de fonte de segurança jurídica.

Nos moldes como atualmente estruturado o ordenamento jurídico brasileiro, após todas as influências do *common law* inseridas em nossa tradição *civil law*, as pessoas passam a pautar suas condutas não apenas com base no direito material positivado, mas também segundo o que vêm decidindo os tribunais.

Negócios são feitos ou se deixa de fazê-los com base no entendimento da jurisprudência. Expectativas sociais, relações familiares e uma série de outras situações são muito mais pautadas naquilo que se acredita ser o entendimento dos Tribunais Superiores do que propriamente no que prevê a lei.

O próprio risco de demandar em juízo é essencialmente calculado com base na jurisprudência.

E isso se dá basicamente por dois motivos: a) pela dimensão que a utilização da jurisprudência tomou no ordenamento jurídico brasileiro, ante os já mencionados fenômenos da ampliação do controle de constitucionalidade, do neoconstitucionalismo, da utilização de cláusulas gerais, que levaram inclusive à sua internalização nos procedimentos; b) pela estratégia processual, que permite ao jurisdicionado ter, ainda que em última hipótese, seu caso apreciado pelo tribunal prolator da jurisprudência com base na qual formula sua pretensão.

Ocorre que tal panorama, a princípio salutar, já não pode mais ser apontado como fator de prestígio da segurança jurídica, justamente pela falta de estabilidade das decisões dos tribunais.

Em mais um nítido exemplo de deturpação no uso de um instituto inerente ao *common law*, os tribunais brasileiros não contam com elementos sólidos e criteriosos na elaboração de seus posicionamentos, de sua jurisprudência.

Isso reflete na mais variada gama de entendimentos, em todos os sentidos, sobre um mesmo assunto.

Além da divergência entre tribunais de diferentes estados ou regiões, o jurisdicionado convive ainda com a possibilidade de entendimentos diversos dentro do mesmo tribunal (MARINONI, 2012).

Não são poucos os casos em que uma câmara do tribunal consolida um determinado entendimento e outra câmara, sobre um mesmo tema, apresenta entendimento totalmente antagônico.

É o que acontece, á título exemplificativo, nos conhecidos casos de planos econômicos.

Predomina na maioria dos Tribunais de Justiça do Brasil o entendimento de que, para o cumprimento das sentenças oriundas das ações civis públicas ajuizadas por todo o país, a liquidação do crédito individual de cada poupador pode ser feita por simples cálculos, nos termos previstos pelo art. 475-B do CPC, dispensando-se, portanto, procedimento autônomo de liquidação de sentença.

Apesar de este também ser o entendimento preponderante no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 38ª Câmara deste tribunal, por exemplo, tem reiteradamente insistido em entendimento contrário.

Este colegiado exige prévia fase de liquidação de sentença para que, só então possa o poupador iniciar o cumprimento da decisão. Nos casos de

ingresso com o imediato cumprimento no decisum a câmara em questão tem anulado toda a execução por falta de liquidez do título executivo.

Nesse sentido, confira-se a divergência entre a 18ª e a 38ª

Câmaras:

INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS – CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – Desnecessidade da prévia liquidação do julgado e da remessa dos autos à contadoria judicial – Aplicação do artigo 475-B do Código de Processo Civil – A quantificação do débito depende de meros cálculos aritméticos, tal como constante da planilha atualizada – É prescindível a prévia garantia do Juízo para que se conheça da impugnação oferecida pela devedora - Inteligência do artigo 736 do Estatuto Adjetivo Civil, com redação alterada pela Lei nº 11.382/06 – Impossibilidade da fixação dos honorários advocatícios na fase do cumprimento da sentença por se tratar ainda da mesma relação processual – Subsunção ao artigo 20 do supracitado diploma legal, que adotou a sucumbência como critério para atribuição da obrigação pelo custo do processo – Recurso parcialmente provido. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 0111058-91.2012.8.26.0000, Relator: Des. Carlos Alberto Lopes, 2012). (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação civil pública com decisão transitada em julgado. Expurgos inflacionários. Caderneta de poupança. Obrigatoriedade da liquidação da sentença genérica, devido à necessidade de apuração da titularidade da conta e existência de saldo positivo à época dos fatos. Impossibilidade de supressão da fase liquidatória e ajuizamento direto do cumprimento de sentença. Inadequação do pedido executório. Ausência de interesse processual. Provimento do agravo para anular a execução. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 0227680-93.2011.8.26.0000, Relator: Des. Flávio Cunha da Silva, 2012). (grifo nosso)

Não bastasse essa lamentável situação, convive também o jurisdicionado com a divergência de entendimentos entre Tribunais estaduais ou regionais, e o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça ou até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal sobre determinado assunto.

A própria discussão sobre a necessidade de prévia liquidação de sentença acima apontada também evidencia esta situação, na medida em que a referida 38ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo decide em sentido dissonante do preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão encarregado de dar a última palavra no que diz respeito à interpretação da legislação infraconstitucional, conforme se nota no informativo de jurisprudência nº 366 de 2008, abaixo transcrito.

EXECUÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO. POUPANÇA.

[...] Quanto à liquidação por simples cálculos, revela-se, pela leitura do art. 98 do CDC, que a sentença prolatada na ação coletiva é sempre ilíquida,

porém o referido código não determina procedimento específico para a liquidação, o que autoriza admitir aquela forma, sem olvidar que algumas sentenças (tais como as relativas aos acidentes ambientais) exigem liquidação em que se prove a condição da vítima. No caso, foram juntados extratos a indicar onde e quanto havia depositado, a permitir simples operação matemática para se chegar ao valor devido. Precedente citado do STF: RMS 21.514-DF, DJ 18/6/1993. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Informativo de Jurisprudência extraído do REsp 880.385-SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2008).

Sabe-se que a jurisprudência¹² dos tribunais não é dotada de efeito vinculante, de sorte a, teoricamente, não se impor de observância obrigatória aos demais membros do Judiciário.

Entretanto, apesar da ausência de obrigatoriedade e, respectivamente, de maiores consequências processuais pela inobservância, deve-se ao menos, em prestígio aos inúmeros direitos fundamentais inerentes ao processo e à tutela jurisdicional, agir numa mesma toada, numa comunhão de esforços e cooperação.

É inconcebível para uma jurisdição, que se diz una, apresentar tamanha discrepância e diversidade de pronunciamentos sobre um mesmo assunto (WAMBIER, 2012).

Não se desconsidera os relevantes mecanismos processuais criados com vistas à uniformização de jurisprudência. Em sede constitucional, tem-se a conhecida previsão do art. 105, II, c da Constituição Cidadã, que, dentre outras hipóteses, contempla o Recurso Especial também como meio de uniformizar a interpretação da legislação federal nos tribunais brasileiros.

Considerando que o Recurso Especial tem sua utilização restrita à interpretações divergentes entre tribunais diferentes, como enfatiza a súmula 13 do Superior Tribunal de Justiça, o Código de Processo Civil também traz previsões quando a divergência for dentro de um mesmo tribunal.

É o caso dos artigos 476 a 479, que possibilitam a qualquer juiz, ao dar o voto em turma, câmara ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal em casos de divergência interna.

Também se destacam os embargos de divergência, previstos nos artigos 496, VIII e 546 do CPC, que viabilizam ao interessado se insurgir contra posicionamentos conflitantes ao de outra Turma do mesmo Tribunal, nos casos de Recurso Especial e Recurso Extraordinário. A regulamentação destes se dá nos

¹² Com exceção das súmulas vinculantes.

Regimentos Internos do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, respectivamente nos artigos 266 e 330.

Outros mecanismos específicos ainda podem ser citados, como a criação da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência nos Juizados Especiais Federais¹³, cuja finalidade é sanar divergência e uniformizar posicionamentos entre Turmas Recursais ou quando o posicionamento destas estiver em conflito com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, apesar da exemplar potencialidade, estes mecanismos ainda não são suficientes à garantia da desejável e imprescindível coesão e uniformidade da jurisprudência.

Primeiro porque dado à irrefreável proliferação de decisões jurisprudenciais, ao acúmulo de processos e à complexidade do sistema recursal, muitos casos não chegam às vias da uniformização, como bem demonstram os julgados acima transcritos.

Em segundo lugar, porque apesar de ser considerável sua quantidade, as previsões existentes no ordenamento não dão conta de suprir e abranger todas as hipóteses de divergência jurisprudencial. É o que ocorre, por exemplo, diante da divergência de posicionamentos entre Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Justamente as duas maiores cortes de justiça do país, de quem o jurisdicionado poderia esperar uma exemplar postura principalmente em termos de uniformidade e coesão, convivem com inúmeros e sabidos casos de posicionamentos conflitantes.

Apenas a título ilustrativo, cita-se o caso da necessidade de ratificação do recurso após o julgamento de embargos de declaração, quando interposto antes deste.

Nos casos de recurso extraordinário, em julho de 2013 o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de ser desnecessária a ratificação para a admissão do recurso, conforme se extrai do Informativo de Jurisprudência 710 de 2013:

¹³ Prevista na Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e no Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização (Resolução CJF 22/2008, modificada pela Resolução CJF 163/2011).

A 1ª Turma, por maioria, proveu agravo regimental interposto de decisão que não conheceu de recurso extraordinário por intempestividade. No caso, a decisão agravada afirmara que a jurisprudência desta Corte seria pacífica no sentido de ser extemporâneo o recurso extraordinário interposto antes do julgamento proferido nos embargos de declaração, mesmo que os embargos tivessem sido opostos pela parte contrária. Reputou-se que a parte poderia, no primeiro dia do prazo para a interposição do extraordinário, protocolizar este recurso, independentemente da interposição dos embargos declaratórios pela parte contrária. **Afirmou-se ser desnecessária a ratificação do apelo extremo.** Concluiu-se pela tempestividade do extraordinário. Vencido o Min. Dias Toffoli, relator, que mantinha a decisão agravada. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 680.371, Relator: Min. Dias Toffoli, 2013). (grifo nosso)

Até o fechamento deste trabalho o Superior Tribunal de Justiça ainda mantinha entendimento oposto, consubstanciado em sua súmula 418, no sentido de ser necessária a ratificação do recurso, nos casos de interposição de recurso especial antes dos embargos de declaração.

Esta é apenas um singelo exemplar, dentre tantos outros, a evidenciar a patente discrepância de entendimentos sobre um mesmo assunto, proveniente justamente de Tribunais que têm a última palavra dentro de suas competências.

Não se pode também desconsiderar o fato de que muitos juízes de primeiro grau, por razões adversas e pela falta de vinculação da jurisprudência, simplesmente se subtraem do entendimento dominante.

Como bem destaca Tereza Arruda Alvim Wambier:

É difícil saber o que está por detrás deste grau de instabilidade e conseqüente falta de uniformidade. Além das causas 'normais', existe talvez no espírito de muitos juízes brasileiros o convencimento no sentido de que seriam 'menos' juízes se não decidissem de acordo com sua própria convicção, mesmo, sendo o caso, se tivessem que desrespeitar entendimento já pacificado em tribunal superior. (2012, p. 38).

E ainda ressalta que: "O juiz não pode abusar do seu direito de mudar de opinião, de seu direito de se afastar de jurisprudência pacificada dos tribunais superiores. Este abuso arranha o direito, que têm os indivíduos e a sociedade, à tranquilidade". (WAMBIER, 2012, p. 39).

Todo o cenário exposto reflete uma nociva e perigosa situação. Na medida em que a jurisprudência já divide com a lei o posto de fonte de segurança jurídica deve apresentar a necessária uniformidade para viabilizar ao cidadão um

mínimo de segurança ao pautar suas condutas, sua vida em sociedade, e mesmo o litigar em juízo. Na medida em que muitas vezes se sobrepõe à própria lei deve assegurar um pronunciamento constante, uniforme, e generalizado, que se faça valer a todos indistintamente.

Incorporar um instituto do *common law*, demanda, como dito, cautela e criteriosa utilização.

Neste sistema, o precedente, que se consolidou como principal fonte de segurança jurídica, mantém este importante papel com o passar dos tempos por intermédio de uma irretorquível uniformidade.

Até porque, uma vez pronunciado um determinado entendimento num julgamento paradigma, os casos subsequentes a ele obrigatoriamente se perfilharão, eliminando com isso qualquer possibilidade de divergências.

Isso garante ao jurisdicionado seguras premissas para organização de sua vida. Mais que isso, garante completa noção de como seu caso será tratado no Poder Judiciário.

Assim,

O sistema de *common law*, mediante o instituto do *stare decisis*, possui plena capacidade de garantir a previsibilidade, demonstrando grande preocupação com a segurança das relações sociais, para o que a certeza do direito é imprescindível. Constitui lugar comum, na literatura inglesa e estadunidense, a afirmação de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes [...] a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas que esta previsibilidade garante a confiabilidade dos cidadãos nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania. (MARINONI, 2012, p. 565).

Já no caso brasileiro a utilização de jurisprudência, apesar de inspirada na teoria dos precedentes, pelo seu uso cada vez mais deturpado, em muito se distancia dessa realidade.

Aliás, caminha em sentido a ela oposto e passa a refletir, como nos casos apresentados, verdadeira fonte de insegurança jurídica. Esta por vezes muito pior do que a verificada no contexto que justificou sua inserção em nosso ordenamento.

2.2.3 A instabilidade das decisões judiciais

Tão ou talvez mais nociva que a falta de uniformidade é a instabilidade das decisões judiciais. Não bastasse a séria crise em segurança jurídica provocada pela falta de unidade e coesão da jurisprudência figura ainda a instabilidade como outro crítico fator a agravar a situação.

Em mais um exemplo de deturpação e falta de critérios na utilização de um instituto típico do *common law*, a jurisprudência brasileira não garante qualquer segurança ao jurisdicionado quanto ao lapso temporal de duração e conseqüentemente efeitos de um determinado posicionamento tido como consolidado.

Quantos não são os casos em que tribunais brasileiros, principalmente os Tribunais Superiores, consolidam um determinado entendimento e, de forma muitas vezes inesperada, mudam radicalmente de posicionamento, deixando os jurisdicionados à mercê da nova orientação.

2.2.3.1 Alguns casos concretos

Vários são os casos em que se pode verificar completa mudança de entendimento dos Tribunais sobre um determinado assunto, instaurando-se a incerteza sobre as premissas, principalmente temporais, do novo entendimento.

Sem a pretensão de esgotamento casuístico, traz-se à colação três casos que, pela relevância, tiveram grande repercussão. O primeiro deles, de notável abrangência, foi o da cobrança do PIS e COFINS nas contas de telefone e energia elétrica.

Diante da ausência de lei específica a regular o caso, o Superior Tribunal de Justiça desde 2008 majoritariamente entendia ser indevido o repasse do PIS e da COFINS pelas concessionárias de telefonia e energia, razão pela qual se posicionava pela devolução em dobro aos consumidores de todo o valor pago indevidamente.

Com base neste entendimento milhares de ações foram ajuizadas em todo o país. Os juízes de primeiro grau e os Tribunais de Justiça majoritariamente já se filiavam à tese do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que, em meados de 2010, referido Tribunal Superior resolveu mudar seu entendimento e, no julgamento de um recurso repetitivo, nos moldes e com o desfecho preconizado pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, pronunciou-se de forma totalmente antagônica a até então preponderante, decidindo pela legalidade do repasse.

Nesse sentido, os julgados a seguir transcritos.

PIS. COFINS. TELEFONIA FIXA. Consumidores (recorridos) insurgiram-se contra a prática de a concessionária de serviços de telefonia fixa repassar-lhes o ônus referente ao PIS e Cofins, adicionando-o à tarifa legal no período em questão. Quanto a isso, vê-se, primeiramente, que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), apesar de expedir normas regulamentares sobre o tema, não tem legitimidade para integrar a demanda, visto que a declaração da ilegalidade da repercussão do PIS e da Cofins não afeta diretamente sua esfera jurídica (tal qual ocorre na questão atinente à assinatura básica). A inclusão desses tributos na fatura (conta telefônica) não tem o condão de modificar a sujeição passiva tributária: é a concessionária o contribuinte de direito (tal como ocorre no ICMS). Porém, é consabido que os fatos geradores e as bases de cálculo dos referidos tributos não guardam correspondência direta e imediata com a cobrança feita pela concessionária, não são devidos no momento da prestação dos serviços, nem têm como base de cálculo o valor de cada um deles. Essas prestações recebidas dos consumidores por força dos contratos juntam-se a outras receitas para compor o faturamento mensal da concessionária, esse, sim, a base de cálculo daquelas contribuições (art. 1º da Lei n. 10.637/2002 e art. 1º da Lei n. 10.833/2003). Anote-se que as razões do recurso especial não apontam nenhuma norma jurídica que autorize, de forma expressa e inequívoca, a cobrança adicional do PIS e da Cofins no período tarifário em questão. A alegação de que a tarifa homologada pela Anatel é “líquida” a excluir os impostos e contribuições sociais também não prospera, pois ela não poderia, em simples ato administrativo, alterar a sistemática de cálculo e a cobrança desses tributos, quanto mais se constatado que eles não incidem sobre cada operação individualizada, como já dito. Por último, vê-se que essa prática comercial de englobar o repasse desses tributos no valor da tarifa viola o art. 3º, IV, da LGT, enquanto consagrado o direito de o usuário ter a informação adequada: a concessionária sequer discrimina, na conta telefônica, esse adicional à tarifa legalmente estabelecida, o que impede o acesso do assinante à relevante informação de que está diretamente a suportar, sem previsão legal, o ônus financeiro do PIS e Cofins devidos pela prestadora. Essa prática, então, é abusiva (art. 39, caput, do CDC), a violar, de uma só vez, os microssistemas da legislação tributária, administrativa, de telecomunicações e de proteção ao consumidor. Por último, constata-se que não se está diante de repetição de indébito tributário a requerer a aplicação do art. 167 do CNT quanto aos juros de mora. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.053.778-RS, Relator: Min. Herman Benjamin, 2008).

REPETITIVO. PIS. COFINS. SERVIÇOS. TELEFONIA. Trata-se, na origem, de ação de repetição de indébito ajuizada por consumidor em desfavor da

empresa prestadora de serviços de telefonia, objetivando a repetição dos valores atinentes ao repasse das contribuições sociais (PIS e Cofins) incidentes sobre a fatura dos serviços de telefonia. Desse modo, cinge-se a controvérsia a resolver a lide acerca da legalidade ou não do repasse econômico do PIS e da Cofins nas tarifas telefônicas. A Seção, ao prosseguir o julgamento de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), por maioria, fixou entendimento no sentido de que o repasse econômico do PIS e da Cofins, nos moldes realizados pela empresa concessionária de serviços de telefonia, revela prática legal e condizente com as regras de economia e de mercado, sob o ângulo do direito do consumidor, com espeque no art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995 e no art. 108, § 4º, da Lei n. 9.472/1997. Em razão da dicção dos mencionados dispositivos legais, dessume-se que é juridicamente possível o repasse de encargos, que pressupõe alteração da tarifa em função da criação ou extinção de tributos, consoante se infere da legislação in foco. Assentou-se que a legalidade da tarifa e do repasse econômico do custo tributário encartado nela exclui a antijuridicidade da transferência do ônus relativo ao PIS e à Cofins, tanto mais que, consoante reiterada jurisprudência desta Corte Superior, a abusividade prevista no CDC pressupõe cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, que não ocorrem no caso. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 976.836-RS, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 2010).

REPETITIVO. CONCESSIONÁRIA. ENERGIA ELÉTRICA. REPASSE. PIS. COFINS. CONSUMIDOR. A Seção, ao julgar recurso submetido ao regime do art. 543-C e Res. n. 8/2008-STJ suscitado pelo tribunal a quo, negou provimento ao recurso, entendendo que é legítimo repassar às faturas de energia elétrica a serem pagas pelo consumidor o valor correspondente ao pagamento da contribuição ao programa de integração social (PIS) e da contribuição para financiamento da Seguridade Social (Cofins) devidas pela concessionária. No REsp, o recorrente buscava o reconhecimento da ilegalidade desse repasse às faturas de consumo de energia elétrica do custo correspondente ao recolhimento do PIS e à Cofins, bem como almejava repetição de indébito. Destacou o Min. Relator que a tese defendida pelo recorrente foi encampada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e pelo Ministério Público, entretanto parte de um pressuposto manifestamente equivocado: atribuir à controvérsia uma natureza tributária. Observa que, na relação jurídica que se estabelece entre concessionária e consumidor de energia elétrica, não existe relação tributária, em que os partícipes necessários são o Fisco e o contribuinte, mas há relação de consumo de serviço público, cujas fontes normativas são próprias, especiais e distintas das que regem as relações tributárias. Anotou-se ainda que o PIS e a Cofins, cobrados em decorrência da edição das Leis ns. 10.637/2002, 10.833/2003 e 10.865/2004, alteraram a forma de cobrança, mas trouxeram a possibilidade de que seus valores sejam fiscalizados não apenas pela Aneel, mas pelos consumidores de energia elétrica individualmente, visto que passaram a ser cobrados de forma destacada nas faturas, a exemplo do que ocorre com o ICMS. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.185.070-RS, Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 2010).

O novo entendimento passou a se impor inclusive sobre os processos em curso, deixando os jurisdicionados num estado de completa indignação e descrédito, haja vista que grande parte das ações em curso foram

ajuizadas justamente com base no até então preponderante entendimento jurisprudencial.

Outro dos relevantes casos no mesmo sentido se relaciona à questão previdenciária, mais especificamente à devolução dos valores pagos pelo INSS em sede de antecipação de tutela quando, em sentença, há revogação do benefício provisoriamente concedido.

Sempre se entendeu no Superior Tribunal de Justiça que benefícios previdenciários revestiam-se de natureza alimentar, razão pela qual, nesta condição, não se sujeitavam à repetição diante de eventual pagamento indevido, a exemplo do que acontece nas ações de alimentos.

Entretanto, em agosto de 2013 o Superior Tribunal de Justiça resolveu “realinhar”¹⁴ sua jurisprudência e mudar o entendimento até então vigente. Por ocasião do julgamento do REsp 1384418/SC, a seguir transcrito, decidiu-se que a provisoriedade da tutela antecipada é motivo suficiente para retirar do beneficiário a expectativa de que o benefício nestes termos concedido se incorpore ao seu patrimônio, donde se justifica a possibilidade de devolução, ainda que por meio de descontos mensais, ao INSS.

Então,

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO VIA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL. HIPÓTESE ANÁLOGA. SERVIDOR PÚBLICO. CRITÉRIOS. CARÁTER ALIMENTAR E BOA-FÉ OBJETIVA. NATUREZA PRECÁRIA DA DECISÃO. RESSARCIMENTO DEVIDO. DESCONTO EM FOLHA. PARÂMETROS.

1. Trata-se, na hipótese, de constatar se há o dever de o segurado da Previdência Social devolver valores de benefício previdenciário recebidos por força de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) posteriormente revogada.

2. Historicamente, a jurisprudência do STJ fundamenta-se no princípio da irrepetibilidade dos alimentos para isentar os segurados do RGPS de restituir valores obtidos por antecipação de tutela que posteriormente é revogada.

3. Essa construção derivou da aplicação do citado princípio em Ações Rescisórias julgadas procedentes para cassar decisão rescindenda que concedeu benefício previdenciário, que, por conseguinte, adveio da construção pretoriana acerca da prestação alimentícia do direito de família. A propósito: REsp 728.728/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 9.5.2005.

4. Já a jurisprudência que cuida da devolução de valores percebidos indevidamente por servidores públicos evoluiu para considerar não apenas

¹⁴ Termo utilizado na própria ementa do julgado.

o caráter alimentar da verba, mas também a boa-fé objetiva envolvida *in casu*.

5. O elemento que evidencia a boa-fé objetiva no caso é a "legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio" (AgRg no REsp 1.263.480/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2011, grifei). Na mesma linha quanto à imposição de devolução de valores relativos a servidor público: AgRg no AREsp 40.007/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.4.2012; EDcl nos EDcl no REsp 1.241.909/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15.9.2011; AgRg no REsp 1.332.763/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2012; AgRg no REsp 639.544/PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargador Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 29.4.2013; AgRg no REsp 1.177.349/ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1º.8.2012; AgRg no RMS 23.746/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14/11/2013

6. Tal compreensão foi validada pela Primeira Seção em julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, em situação na qual se debateu a devolução de valores pagos por erro administrativo: "quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público." (REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012, grifei).

7. Não há dúvida de que os provimentos oriundos de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) preenchem o requisito da boa-fé subjetiva, isto é, enquanto o segurado os obteve existia legitimidade jurídica, apesar de precária.

8. Do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória, não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu patrimônio.

9. Segundo o art. 3º da LINDB, "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", o que induz à premissa de que caráter precário das decisões judiciais liminares é de conhecimento inescusável (art. 273 do CPC).

10. Dentro de uma escala axiológica, mostra-se desproporcional o Poder Judiciário desautorizar a reposição do principal ao Erário em situações como a dos autos, enquanto se permite que o próprio segurado tome empréstimos e consigne descontos em folha pagando, além do principal, juros remuneratórios a instituições financeiras.

11. À luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e considerando o dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o ressarcimento: a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida; b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos (art. 46, § 1º, da Lei 8.213/1991).

12. Recurso Especial provido." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1384418/SC, Relator: Min. Herman Benjamin, 2013).

Com esta decisão, de aplicação imediata, foi o jurisdicionado mais uma vez surpreendido com novas premissas ao seu caso concreto, premissas estas

totalmente antagônicas as até então preponderantes e que lhe acarretaram(ão) severas consequências práticas.

Por fim, outro caso exemplar merece ser trazido à colação: o da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação do art. 14, §5º da Constituição Federal.

Prevalcida nesta Corte o entendimento de que a permissão insculpida no artigo em referência sobre a possibilidade de reeleição de prefeito para um único período subsequente dizia respeito a um mesmo município, de modo a viabilizar ao candidato reeleito nova candidatura para chefe do Executivo em outro município.

Entretanto, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 637.485/RJ, o Supremo Tribunal Federal resolveu mudar diametralmente este posicionamento. Passou a entender, com base no princípio republicano, que a vedação a uma terceira eleição se referia não apenas ao mesmo município como também a qualquer outro.

Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REELEIÇÃO. PREFEITO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. I. REELEIÇÃO. MUNICÍPIOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. PREFEITO. PROIBIÇÃO DE TERCEIRA ELEIÇÃO EM CARGO DA MESMA NATUREZA, AINDA QUE EM MUNICÍPIO DIVERSO. O instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da continuidade administrativa, mas também no princípio republicano, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder. O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio comando da norma constitucional, de modo que a reeleição é permitida por apenas uma única vez. Esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo município, mas em relação a qualquer outro município da federação. Entendimento contrário tornaria possível a figura do denominado “prefeito itinerante” ou do “prefeito profissional”, o que claramente é incompatível com esse princípio, que também traduz um postulado de temporariedade/alternância do exercício do poder. Portanto, ambos os princípios – continuidade administrativa e republicanismo – condicionam a interpretação e a aplicação teleológicas do art. 14, § 5º, da Constituição. O cidadão que exerce dois mandatos consecutivos como prefeito de determinado município fica inelegível para o cargo da mesma natureza em qualquer outro município da federação [...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2012).

Neste caso, contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não aplicabilidade imediata do novo entendimento. Empregando a chamada técnica da

modulação temporal, que mais adiante será abordada neste trabalho, esta corte de justiça limitou os efeitos da decisão aos casos inerentes ao pleito eleitoral posterior.

Ou seja, apesar de reconhecer como novo entendimento a inviabilidade de reeleição para um terceiro mandato subsequente, ainda que em município diverso, o STF manteve o recorrente no cargo de prefeito, para o qual havia sido regularmente diplomado.

Esta opção se deu fundamentalmente com base no princípio da segurança jurídica e nos efeitos que uma postura em sentido contrário poderia acarretar não só nesta garantia, mas no próprio Estado Democrático de Direito, que fica patentemente vulnerável com abruptas mudanças de entendimento jurisprudencial.

Pelo caráter inovador e, principalmente, pela exemplar ponderação de valores que reveste, este julgado será contextualizadamente invocado em outras chamadas deste trabalho.

2.2.3.2 As implicações endo e exoprocessuais

O mais evidente resultado da falta de estabilidade da jurisprudência, em especial das abruptas mudanças do entendimento jurisprudencial consolidado, é uma severa e nociva violação ao princípio da segurança jurídica. Todos os elementos inerentes a este princípio constitucional implícito restam atingidos pelo problema em questão.

Viola-se a previsibilidade do ordenamento na medida em que, sendo o entendimento jurisprudencial preponderante, parte deste retira do jurisdicionado a possibilidade de seguramente planejar sua vida e seus negócios, já que não poderá antever os riscos e possibilidades quando buscar satisfazê-los em juízo.

Quebra a continuidade do ordenamento que, nos mesmos moldes, já não se presta mais a assegurar perenidade necessária para ditar e impor regras e padrões de conduta e para regular a vida social.

Desrespeita-se frontalmente a proteção da confiança que o cidadão deposita no ordenamento e no Judiciário. Quebram-se a crença e as expectativas necessárias para a manutenção e aplicação do sistema jurídico.

Considerando os atuais rumos no cenário jurídico brasileiro, a previsão constitucional implícita da segurança jurídica precisa, para garantir a necessária efetividade deste direito fundamental, abarcar também a estabilidade e principalmente irretroatividade da jurisprudência.

Nesse sentido, as pertinentes e inspiradoras assertivas apostas no já referido Recurso Extraordinário 637.485/RJ, as quais, com as ressalvas da matéria fática inerente ao caso concreto, devem servir de norte às novas premissas jurisprudenciais que se pretende para o *civil law*.

II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. 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 devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral.

Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, 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. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2012).

A instabilidade jurisprudencial e a brusca mudança de entendimento vão de encontro com o princípio constitucional da isonomia.

Inadvertida e injustificadamente, a situação narrada permite que jurisdicionados envolvidos em questões jurídicas idênticas tenham seu problema resolvido de forma completamente antagônica. As vezes porque um obteve o

trânsito em julgado em um dia e o outro, pela burocracia processual, acabou por sofrer os efeitos do novo posicionamento antes do término do processo.

Ressalte-se que, muitas vezes, ambos os julgamentos podem provir de um mesmo órgão julgador, agravando ainda mais a sensação de desigualdade entre as partes.

A violação destes princípios desencadeia um outro problema, de dimensões mais graves e mais abrangentes: um descrédito generalizado do Judiciário, no ordenamento jurídico e no próprio Estado Democrático de Direito.

Gera-se uma sensação de revolta e descrédito, na medida em que se chega à conclusão de que não se pode seguramente contar e confiar no último e único órgão incumbido de resolver os conflitos de interesses. Além disso, sensação de desamparo, na medida em que se chega à conclusão de que o Estado retira do cidadão o poder de resolver os conflitos pelos próprios meios e, em contrapartida, não oferece segurança de que o fará eficazmente.

Em grandes proporções, o descrédito e a revolta podem levar a uma completa desestruturação do sistema posto, ao ponto do Estado não mais ser capaz de refrear os ânimos e resolver os conflitos de interesses.

Há quem reconheça, felizmente, que a dispersão da jurisprudência e a falta de estabilidade comprometem fundamentalmente a credibilidade do Poder Judiciário como um todo. A uniformização da jurisprudência 'é muito provavelmente uma prática que aumenta o poder da instituição cuja função é decidir (...) harmonia ou coerência interna reforça a credibilidade externa'. Penso que isso ocorre também no Brasil: excesso de dispersão jurisprudencial desacredita o Judiciário e decepiona o jurisdicionado. É um mal para a sociedade. (WAMBIER, 2012, p. 40).

Sem falar na própria noção de justiça, cuja imprecisão e vagueza de conceito não impedem de gerar o sentimento individual de injustiça, uma vez que:

[...] as questões iniciadas na Justiça, em uma mesma época ganham probabilidade, funcionalmente importante e necessária, de serem julgadas de acordo com um mesmo entendimento, o que previne uma injustiça gritante: que algumas partes tenham suas causas julgadas de acordo com uma interpretação da lei, enquanto outras, que se encontravam na mesma situação, venham a ter suas demandas resolvidas, eventualmente, após a mudança da jurisprudência do Tribunal [...] as partes, muitas vezes leigas, não compreendem a mudança de orientação dos Tribunais, o que lhes levanta um forte sentimento de injustiça. (FERRAZ JR., 2009, p. 06).

Neste contexto, pode-se ainda verificar um grave desvirtuamento da própria jurisdição, em especial no que diz respeito à sua aptidão e imprescindibilidade para satisfação do direito material, notadamente no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Ao passo que esta função estatal já não confere a devida segurança e estabilidade no seu labor, também já não se presta mais à efetividade que dela se espera.

A perda de efetividade, aliás, interfere até mesmo na moderna e reestruturada visão que se confere à garantia constitucional do acesso à justiça, prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Se a instabilidade jurisprudencial impede, como demonstrado, que o ordenamento jurídico e o Poder Judiciário proporcionem um acesso à justiça amplo, adequado e efetivo, que respeite os demais direitos e garantias fundamentais, que dê um tratamento adequado ao conflito e satisfaça eficazmente o direito material posto a apreciação, ela também figura como grave fator de frustração de mais este princípio constitucional.

O próprio tumulto processual gerado pela instabilidade jurisprudencial acaba por indiretamente também agravar a crise de efetividade do acesso à justiça, haja vista que desencadeia um volumoso número de recursos e incidentes processuais. Sem falar no aumento da litigiosidade, com o fornecimento de argumentação para ajuizamento de novas demandas tendentes à aplicação no novo entendimento.

Além do mais, não se pode desconsiderar o dispêndio de tempo, esforços e recursos, das partes e do próprio Estado, que muitas vezes serão em vão quando, ao final do feito, o entendimento jurisprudencial implicar em desfecho completamente antagônico ao previsto e esperado quando do ajuizamento da demanda.

Neste particular, aliás, mister destacar a questão da sucumbência. Muitas vezes o cidadão, motivado pelo entendimento jurisprudencial dominantes, demanda em juízo com seguras expectativas de satisfação do direito buscado e, ao final, justamente pela mudança de entendimento, acaba por ter não só negado o direito como também como o encargo de pagar as verbas sucumbenciais, muitas vezes de expressivo montante dado o valor da causa.

Isso também é mais um fator de revolta e descrédito no Poder Judiciário, no ordenamento jurídico e no Estado Democrático de Direito.

Não bastasse todas as implicações acima narradas, não se pode desconsiderar que a instabilidade jurisprudencial também acarreta sérias dificuldades no âmbito jurídico, tanto no que diz respeito à defesa dos interesses em juízo quanto na relação entre os profissionais do direito com os jurisdicionados.

O operador do direito, em especial os advogados, não podem mais confiar nos instrumentos à sua disposição para um seguro aconselhamento ou mesmo ajuizamento ou não de ações.

Isso porque, não basta mais o conhecimento das leis referentes ao caso concreto. Deve-se também conhecer o entendimento jurisprudencial dominante a respeito destas leis e sempre contar com a possibilidade de alteração.

Ou seja, a incerteza natural inerente a esta obrigação de meio acaba redobrada ante a insegurança sobre o tratamento do direito material em questão quando do momento da prolação da tutela jurisdicional em definitivo.

Nesse sentido, as pertinentes ponderações de Marinoni:

O advogado de *common law* tem a possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário do que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aumento da lentidão do Poder Judiciário. (2012, p. 562).

Além da dificuldade técnica, isso acaba por também ocasionar um desgaste nas relações com aquele que busca a satisfação do seu direito, o qual, no mais das vezes, tende a acreditar e propagar a idéia de que foi mal orientado ou mal defendido pelo profissional contratado.

Considerando que o advogado é indispensável à administração da justiça, nos termos do art. 133 da Constituição Federal, deve-se assegurar que não seja limitado ou depreciado em seu atuar, o que vem ocorrendo também pela instabilidade jurisprudencial.

De tudo que se expôs pode-se afirmar que a instabilidade jurisprudencial e especialmente a mudança do entendimento consolidado é um

fenômeno extremamente nocivo às premissas do Estado Democrático de Direito, razão pela qual deve ser revisto ou combatido com extrema urgência.

Não se desconsidera a relevância da jurisprudência à atual realidade do ordenamento jurídico brasileiro, e nem mesmo a necessidade de que ela se mantenha atual à prática e aos anseios sociais.

Entretanto, a mudança deve ser feita com critérios e extrema cautela. A maior fragilidade neste cenário reside justamente na ponderação dos limites de aplicação de um novo entendimento jurisprudencial, especialmente no que diz respeito aos limites temporais.

Todas as implicações apontadas se agravam quando a mudança de entendimento já se aplica de imediato, inclusive aos processos em curso. Por este motivo, sobre este ponto, de central relevância ao presente estudo, debruçar-se-á a seguir.

3 A MANUTENÇÃO DO SISTEMA JURISPRUDENCIAL E O RESGATE DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.1 A manutenção do sistema

Apesar de todas as considerações acima apresentadas, ainda se pode afirmar que a manutenção do sistema jurisprudencial ou do uso da jurisprudência no ordenamento brasileiro é recomendável (CARNEIRO JR., 2012).

Se pesados todos os prós e contras inerentes à sua utilização chega-se a um saldo positivo, principalmente no que diz respeito à celeridade, efetividade, isonomia, e mesmo em segurança jurídica (MARINONI, 2010).

Todos os fatores e justificativas que levaram à inserção, em nosso sistema tipicamente *civil law*, de um instituto inspirado no *common law*, permanecem vivos e presentes. A utilização de jurisprudência, sopesadas as mazelas apontadas, vem apresentando favoráveis resultados nos objetivos que com ela se buscou alcançar.

Tanto em termos de viabilizar uma constante atualidade do ordenamento e sua adequação às premissas constitucionais, em especial aos direitos e garantias fundamentais, quanto em termos processuais, não só com o prestígio às garantias constitucionais também relacionadas ao processo como ainda nos efeitos práticos nos procedimentos, decorrentes da incorporação pela norma processual civil (WOLKART, 2013).

Prova disso é a postura que se observa no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, cujo corpo não só mantém, em essência, as previsões já existentes, como também amplia a utilização da jurisprudência, ora como fase, ora como meio de otimização do processo, ora ainda com regras para sua utilização.

Na própria exposição de motivos do Anteprojeto, de relatoria do então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, fica evidente este desiderato, com expressa menção inclusive a inovações acrescidas nesse sentido, como é o caso do incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas. (BRASIL, 2011).

Entretanto, como já afirmado reiteradas vezes neste trabalho, para que o uso da jurisprudência não resulte em inaceitáveis violações de direitos e

garantias fundamentais, cujos reflexos, a longo prazo, acabem tornando-a fator de deturpação do ordenamento jurídico e do próprio Estado Democrático de Direito, impõe-se urgente e necessária revisão do modo como se está a fazê-lo.

Já que a sua manutenção, por todo o exposto, ainda se mostra salutar e necessária, imprescindível adequá-la a realidade do sistema jurídico brasileiro e, principalmente, rever e corrigir os vícios que a aplicação prática vem revelando até então.

Como apontado, a incorporação de um instituto de um sistema jurídico substancialmente diverso do nosso, como é o *common law*, demanda uma acurada cautelosa análise, que viabilize as devidas adaptações, contextualizadas à nossa realidade, e principalmente a consecução dos objetivos traçados (WAMBIER, 2009).

Muitos dos nocivos reflexos da utilização de jurisprudência são oriundos justamente de uma aplicação indistinta e sem critérios, desconexa das principais premissas que norteiam o sistema de precedentes e que devem obrigatoriamente também nortear um sistema de *civil law* que pretenda nele se inspirar.

Inúmeras são as críticas apontadas nesse sentido, a indicar cada vez mais vícios, mazelas e reflexos, que devem ser combatidos.

Vai-se desde críticas às súmulas vinculantes (STRECK; ABBOUD, 2013), inseridas no ordenamento desde 2004 pela Emenda constitucional nº 45, até as alterações pontuais pelas quais passou o Código de Processo Civil, como é o caso do já referido art. 285-A (MEDINA, 2006), ou mesmo a questões estruturais e principiológicas inerentes a incorporação de um instituto de *common law* num país de *civil law* (RAMIRES, 2010).

De relevância para o presente estudo, entretanto, a análise de um, dentre tantos pontos de destaque nesse contexto, qual seja, a falta de uniformidade e principalmente de estabilidade da jurisprudência.

Mais especificamente, encontrar subsídios, com base nas principais premissas do *common law* contextualizadas com as bases do ordenamento jurídico brasileiro, para que a mudança do entendimento jurisprudencial consolidado no curso do processo não resulte em inaceitável violação do princípio da segurança jurídica, com todas as suas conseqüentes implicações.

Em verdade, o cenário jurídico gradualmente vem voltando suas atenções a este preocupante problema.

O próprio Anteprojeto do novo CPC também aponta, em sua exposição de motivos, a uniformidade e estabilidade da jurisprudência como valores a serem perseguidos, não só pela novel legislação processual civil como também pela recomendação aos operadores do direito (MARINONI, 2010a).

Mostra preocupação com a insegurança jurídica que a falta destes parâmetros acarreta e inclusive indica a criação de mecanismos na tentativa de resolver o problema.

Na exposição de motivos assevera o relator Luiz Fux:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize [...] Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos ex tunc. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso. Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: “A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”. (BRASIL, 2011, p. 17-18).

O novel Código, além de enaltecer a importância da jurisprudência e a necessidade de mantê-la estável e uniforme com objetivo de garantir a segurança jurídica, traz ainda a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera

entendimento consolidado em casos repetitivos, conforme se extrai no art. 847, IV do Anteprojeto.

Essa é uma importantíssima inovação, que apresenta grande potencial para solucionar ou ao menos amenizar o sério comprometimento à segurança jurídica gerado pelas mudanças de entendimento nos tribunais superiores.

A questão será mais detidamente analisada quando da abordagem do instituto da modulação temporal. Por ora, ater-se-á ao estudo da estabilidade e suas implicações dentro do sistema jurisprudencial.

3.2 A estabilidade e a vivacidade do sistema jurisprudencial

A colisão de valores é algo inerente a qualquer sistema jurídico. O que os diferencia é o potencial e os mecanismos utilizados para congregá-los, numa sintonia hábil a propiciar a maior conjugação e ao mesmo tempo menor desprestígio possíveis. Com o uso da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro a saída não é diferente.

Defende-se neste trabalho que os entendimentos jurisprudenciais consolidados devem obrigatoriamente ser dotados de estabilidade, sob pena de implicarem em patente violação ao princípio da segurança jurídica e de tantos outros que levaram à adoção da jurisprudência em nosso ordenamento justamente como meio de prestigiá-los (CARNEIRO JR., 2012).

Ocorre que, para isso, não basta a defesa da estabilidade a qualquer custo. Apesar de sua indispensabilidade, ela deve ser contextualizada com outros valores fundamentais, quer consagrados sob a roupagem de direitos fundamentais, quer ainda inerentes ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive aqueles que dizem respeito à sua manutenção e prospectividade.

Como tudo na vida, estabilidade em demasia também pode ser prejudicial.

Sabe-se que o direito e conseqüentemente o ordenamento jurídico são meios para regulação da vida em sociedade. Esta, por seu turno, evolui de forma cada vez mais rápida e mais complexa, de modo a exigir uma concomitante

evolução do direito e do ordenamento, a fim de que se mantenham hábeis ao fim a que se destinam (ATAÍDE JR., 2012).

Neste contexto, exigir uma estabilidade exacerbada da jurisprudência vai de encontro à necessária evolução e atualidade do próprio direito, uma vez já admitido neste estudo ser aquela, pelas proporções já assumidas, uma das fontes deste.

Não se pretende uma jurisprudência imutável, até porque “jurisprudência estável não é imutável, mas sim aquela na qual se pode confiar apesar de suas modificações” (POLICHUCK, 2011, p. 74).

Muitas críticas são tecidas sobre o modo de se utilizar a jurisprudência. Parte delas se volta aos reflexos naturais que isso vem causando na conjuntura jurídica e na própria evolução do direito.

Em verdade, a aplicação mecânica e automática de ementas de julgados cria um certo comodismo na comunidade jurídica, visto que muitos juízes se limitam a fundamentar suas decisões com citação de julgados, bem como muitos advogados que já não vêm perspectivas para criar e defender teses contrárias ao entendimento jurisprudencial consolidado (CAMBI, 2010).

Conforme a jurisprudência define qual a correta interpretação da lei e do direito cria-se um desestímulo generalizado à hermenêutica, ao debate, às críticas (RAMIRES, 2010).

Torna-se muito mais cômodo aplicar o entendimento posto do que o dispêndio de tempo e esforços para, no mais das vezes, não se obter efeitos práticos. Isso, em grandes proporções, petrifica a diversidade de situações e posições inerente à sociedade e ao próprio direito, e acaba, por consequência, estagnando-o.

Em contrapartida, se a jurisprudência consolidada não for seguida, se não tiver peso suficiente para influenciar no desfecho final dos julgamentos, sua utilização tenderá a se enfraquecer, resultando em cenário talvez pior do que aquele que se buscou melhorar ou resolver com a iniciativa de sua incorporação para miscigenar e resolver problemas inerentes ao sistema *civil law* (WAMBIER, 2012).

Ou ainda, mesmo que amplamente utilizada, se a jurisprudência for passível de alteração por qualquer nova tese ou debate jurídico, também não se prestará aos fins que se buscou com ela alcançar. Diante disso, surge o grande desafio de congregar e otimizar todos esses valores.

Utilizar-se da jurisprudência - já que admitido seu salutar potencial - e mantê-la suficientemente estável, sem que isso implique em estagnação do direito. Mantendo sua estabilidade e, ao mesmo tempo, sua vivacidade diante da natural evolução da sociedade.

O meio termo e o bom senso, corriqueiramente utilizados para resolução dos problemas cotidianos podem auxiliar na resolução do problema. Entretanto, dada sua dimensão e complexidade, estão longe de serem suficientes. Para se chegar ao menos a traços norteadores, é necessário analisar como se dá o tratamento e reunião de todos esses valores em um sistema onde há tempos se consegue que convivam eficazmente.

É imprescindível uma incursão, ainda que breve, nas principais diretrizes que norteiam a utilização de precedentes no sistema *common law*, em especial as principais regras que conferem estabilidade e uniformidade a esses precedentes e, com isso, os mantêm há séculos como fonte primeira de segurança jurídica sem que isso, em contrapartida, implique em petrificação do ordenamento (WAMBIER, 2009).

3.2.1 Brevíssima visita ao *common law*

Já se afirmou em reiteradas vezes que o *common law* baseia-se na doutrina do *stare decisis*, por meio do qual, além das leis, impõe-se a observância obrigatória do respeito aos precedentes, assim entendidos os pronunciamentos da Corte sobre um determinado caso e que servirá de paradigma para futuros casos análogos (GERHARDT, 2008).

Insta salientar que:

A adoção da doutrina do *stare decisis*, segundo pensamos, produz resultados valiosos, em favor dos jurisdicionados. Logo, pelos precedentes, é possível saber, de antemão, a solução que o Judiciário irá adotar para a questão posta em discussão, assegurando, com isso, segurança jurídica. Esta segurança, em última análise, é um direito fundamental social, consagrado no art. 6º da CF, voltado a dar estabilidade e previsibilidade ao ordenamento jurídico, mas ajam em conformidade com ele. Por isto, não é sem sentido que um dos requisitos constitucionais para a elaboração da súmula vinculante é a existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública que acarretem *grave*

insegurança jurídica (art. 103-A, § 1º, CF e art. 2º, § 1º, da Lei 11.417/2006). (CAMBI; BRITO, 2009, p. 149-150)

O efeito vinculante do precedente se pauta, em verdade, naquilo que se conhece por *ratio decidendi*, ou razão da decisão. Esta não se confunde com o dispositivo da sentença em nossa realidade, que é a parte da decisão judicial sobre a qual recaem os efeitos da coisa julgada.

A *ratio decidendi*, portanto, é extraída se tomando por base a estrutura do julgamento como um todo (CROSS; HARRIS, 2004).

Por conta disso, o que se impõe de observância obrigatória são as razões da decisão, os fundamentos utilizados para a análise e julgamento de um determinado caso concreto, os quais possibilitarão não só a identificação de futuros casos análogos como também a aplicação do tratamento igualitário, nos moldes conferidos no julgamento precedente e paradigma.

Apesar do efeito vinculante, os juízes do *common law* seguem os precedentes muito mais por uma questão moral, não só pela ciência e pela crença de sua necessidade e eficácia na estrutura e manutenção do sistema, como principalmente porque, caso simplesmente se abstivessem de aplicar o precedente sem nenhuma justa fundamentação, provavelmente seriam taxados por seus pares de “insano, incompetente ou corrupto” (POLICHUK, 2011, p. 63)

Esses precedentes, por representarem a principal fonte de regulação da vida em sociedade, guardam também o papel de fonte de segurança jurídica do ordenamento, o que justifica a especial atenção despendida para a criteriosa forma com que se dá a aplicação e principalmente, a alteração dos precedentes (VOJVODIC, 2012).

A mudança geralmente não é encarada como boa, e somente se justifica para manutenção da vivacidade e adequação do precedente às evoluções sociais (GERHARDT, 2008). Tanto que o tempo de duração de um precedente é bastante elevado, em média acima de 10 anos (BRENNER; SPAETH, 1995).

Nesse sentido, a alteração dos precedentes, e notadamente os efeitos da alteração, tomam por base o grau de confiança do precedente em questão. O quanto ainda servia para a regulação da vida em sociedade, o quanto de críticas e discussões já tinha a seu respeito quando da alteração (MARINONI, 2010).

Este é o fator que, em verdade, balizará a aplicação das regras para alteração e revogação do precedente e que, principalmente, pautará seus limites práticos.

Como regra geral, a modificação dos precedentes terá efeito retroativo, o qual, entretanto, sempre poderá ser afastado ou modulado pela chamada confiança justificada que se tinha no precedente.

Importante destacar, a esse respeito, que a aplicação da retroatividade como regra geral à alteração dos precedentes não é considerada como fator de violação da segurança jurídica, como se pode afirmar ser o caso da realidade brasileira.

Primeiramente porque no *common law* não há a ausência de uniformidade notória em nossa jurisprudência, até porque trabalham com julgados paradigmáticos. Mais que isso, não há a instabilidade presente em nosso sistema jurisprudencial (NOGUEIRA, 2013).

O precedente se constrói, aplica-se e se altera com critérios, de modo a permitir ao jurisdicionado plena ciência do tratamento que se confere e se tenderá a conferir sobre um determinado caso concreto. Há regras bem definidas para a alteração do precedente, dependendo do fator e contexto que a justifique.

A alteração de precedentes não se dá como a alteração de jurisprudência: do dia para a noite, no mais das vezes sem a devida justificativa ou fundamentação, e sem a devida preocupação com as relações e situações jurídicas consolidadas sob a égide do entendimento anterior.

Além disso, há como afirmado, a preocupação com a confiança depositada no precedente, que sempre poderá afastar ou relativizar o efeito retroativo. Desse modo, a aplicação retroativa do novo precedente só se dará quando admitido que o antigo precedente já não recebia mais a confiança necessária para pautar condutas e, conseqüentemente já não mais as pautava, de sorte a afastar as possibilidades de violação da segurança jurídica (PORTES, 2012).

As principais regras e técnicas para alteração ou superação do precedente no *common law* são: a técnica do *distinguishing*, do *overruling*, da *signaling* e da *transformation*.

As técnicas do *distinguishing*, da *signaling* e da *transformation* destinam-se a casos em que o precedente não será revogado.

A primeira é meio utilizado para justificar a não utilização de um precedente diante de um caso concreto que dele se diferencie por algum motivo, quando a nova hipótese demandar um tratamento diferenciado (DUXBURY, 2008).

As duas últimas se utilizam para a alteração de um precedente. A *technique of signaling* se verifica quando o tribunal continua a seguir um dado precedente, mas já noticia à comunidade jurídica sobre sua fragilidade, sobre a propensão de uma iminente alteração. Esta técnica também se utiliza como critério de aferição da confiança depositada num determinado precedente para se ponderar os efeitos de sua modificação. Se já havia sinalização de mudança, por exemplo, a confiança já estava fragilizada, de modo a viabilizar a retroatividade sem violação da segurança jurídica. Além disso a técnica poderá ser utilizada como marco temporal para os casos de relativização da retroatividade (EISENBERG, 1988).

A *transformation*, por sua vez, destina-se à modificação do conteúdo de um precedente, diante da omissão do precedente anterior sobre situações relevantes em sua *ratio decidendi*. Com esta técnica se cria nova decisão que passará a conviver com a anterior, a qual somente será extirpada do ordenamento quando já completamente absorvida pelo novo precedente (MARINONI, 2010).

De maior impacto e relevância, entretanto, é a técnica do *overruling*, pela qual se promove a revogação do precedente, afastando-o do ordenamento jurídico e colocando outro em seu lugar (BRENNER; SPAETH, 1995).

Nestes casos a cautela quanto aos efeitos do novo precedente é maior, já que promoverá a alteração do tratamento, do regramento jurídico sobre uma determinada situação concreta.

Com relação aos efeitos das decisões que alteram e revogam precedentes há, em síntese, quatro possibilidades. Duas relacionadas à retroatividade e duas relacionadas à prospectividade.

Quando o novo precedente for dotado de efeito retroativo, pode o ser de forma pura ou clássica. A primeira é de rara aplicação, haja vista que seu efeito *ex tunc* é ilimitado temporalmente, podendo atingir inclusive a prescrição, a decadência e a coisa julgada material. Já a segunda é mais comum e, aliás, é a regra geral do *common law*, especialmente o da Inglaterra. Seus efeitos pretéritos, ao contrário da retroatividade pura, não atingem atos já consolidados, como a prescrição, decadência e coisa julgada material. (SOUZA, 2013).

A prospectividade, por sua vez, de excepcional aplicação, permite que o novo precedente não atinja casos passados, com vistas à proteção da confiança depositada no Estado e nas decisões judiciais. Nesse sentido, de acordo com o grau de confiança depositado no precedente ela poderá ser clássica, pura ou a termo (POLICHUCK, 2011).

Na prospectividade clássica os efeitos da revogação não atingem apenas casos passados, de modo que o novo precedente aplicar-se-á aos casos futuros, mas também aos pendentes de julgamento. Neste ponto, pode-observar ainda certo cunho de retroação já que as situações pendentes de julgamento se consolidaram sob a égide da regra ou do precedente anterior.

Já na prospectividade pura, conhecida como *pure prospective overruling*, a nova regra se aplica somente aos casos futuros, ficando com isso resguardados os casos pendentes de julgamento, para os quais ainda se aplicará o precedente anterior.

Por fim, a prospectividade a termo, ou *prospective prospective overruling*, permite que o novo precedente, com efeito apenas para o futuro, tenha prazo certo para começar a vigorar ou a ser aplicado. Com isso, resguarda-se inclusive o caso no julgamento do qual houve a formação do novo precedente, que ainda será julgado com base no precedente anterior (SOUZA, 2013).

A eleição desses efeitos se dá de forma detida e criteriosa em cada hipótese de alteração ou revogação, sempre tendo como foco e norte a proteção da confiança que se depositava no precedente alterado e revogado com a intenção de proteção das relações jurídicas que sob sua égide se consolidaram, a fim de que os cidadãos nela envolvidos não sejam surpreendidos com mudanças indesejadas e imprevisíveis e, com isso, percam a credibilidade no sistema jurídico.

Desse modo, o grau de retroatividade sempre será inversamente proporcional à confiança que se depositava no precedente revogado. Quanto mais confiança menos efeito retroativo, até se chegar ao ponto, para o caso de precedente ainda extremamente vivo na ordem social, da atribuição de efeitos prospectivos a termo para o novo precedente revogador (MARINONI, 2010).

Todas essas premissas refletem a seriedade com que se dá a aplicação e alteração dos precedentes no sistema *common law* e, ao mesmo tempo, justificam como se mantêm há tanto tempo fonte inexorável de segurança jurídica, e consequentemente base para a integridade e coesão deste sistema jurídico.

Por este motivo, devem também servir de base à utilização de jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, em especial pelo potencial em viabilizar a necessária atualização do direito sem que isso implique em violação à estabilidade e continuidade do ordenamento, à proteção da confiança do cidadão e especialmente à segurança jurídica.

3.3 A eficácia temporal da jurisprudência e a modulação de efeitos

Como visto, a necessária estabilidade da jurisprudência não é sinônimo de imutabilidade. Pelo contrário, assim como a lei, na posição de fonte do direito, a jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro deve se alterar sempre que necessário para se manter adequada à evolução do direito e da sociedade. Isto é, sempre que a regra nela consubstanciada não mais se prestar à regulamentação do caso concreto de acordo com os anseios sociais e a ordem jurídica vigente.

O que se deve exigir, entretanto, é que esta alteração jurisprudencial venha acompanhada de uma prudente análise não só a respeito do novo entendimento que passará a vigorar como principalmente aos efeitos desse novo entendimento (ATAÍDE JR., 2012).

Deve-se ter critérios, assim como ocorre no *common law*, para se delimitar temporalmente estes efeitos, visando à proteção das situações jurídicas já consolidadas sob a égide do entendimento anterior.

O principal meio para se ponderar esses valores e viabilizar a necessária alteração da jurisprudência sem que isso implique em violação à segurança jurídica é a utilização do instituto da modulação temporal.

3.3.1 O instituto da modulação temporal: previsão e incidência no ordenamento brasileiro

A falta de critérios e a deturpação que se percebe no uso da jurisprudência, como amplamente indicado neste trabalho, pode ter como uma das

soluções a utilização de um mecanismo já previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Este mecanismo, que tem também o condão de viabilizar a aplicação das principais premissas utilizadas na alteração de precedentes no *common law* adaptadas às realidades da mudança de jurisprudência no *civil law*, é a chamada modulação temporal de efeitos.

Sua previsão, em verdade, surgiu com a ampliação e estruturação do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. Conforme previu o legislador constituinte a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e, conseqüentemente atribuir efeitos vinculantes e retroativos a esta decisão, mostrou-se também necessária a criação de um mecanismo que permitisse que essas decisões não se tornassem meios de instabilidade social e principalmente de insegurança jurídica. A criação de um mecanismo que fosse hábil a proteger as situações pretéritas que já haviam se consolidado sob a égide da norma declarada inconstitucional.

Neste contexto, por meio do art. 27 da Lei 9.868/99, que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, previu-se a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo restrinja os efeitos da declaração ou decida que ela só tenha eficácia após seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, sempre que tiver em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Com a previsão em questão o legislador adequou o direito brasileiro à bem sucedida experiência já consolidada em inúmeros outros Tribunais Constitucionais, a exemplo das Cortes espanhola, portuguesa e alemã; munindo o legislador de hábil mecanismo para a ponderação dos valores de segurança jurídica e nulidade da norma declarada inconstitucional (CASTRO, 2002).

Ao traçar esta previsão o legislador infraconstitucional criou o que se convencionou chamar de modulação temporal dos efeitos da decisão, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal variar o momento de produção de efeitos das decisões de inconstitucionalidade sempre que o justificarem o interesse social e a segurança jurídica.

Isso numa exceção à regra geral, até então vigente na sistemática processual, de que as decisões judiciais passam a produzir efeitos imediatos após seu trânsito em julgado.

Desde sua criação, a modulação temporal vem sendo amplamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque possibilita o constante filtro de constitucionalidade das leis e atos normativos sem que isso prejudique as situações jurídicas pretéritas.

Como regra, leis declaradas inconstitucionais são tidas como nulas e, portanto, inábeis a embasar situações jurídicas. Entretanto, sabe-se que, na prática, até o reconhecimento da inconstitucionalidade a lei era tida por válida, condição na qual amplamente utilizada como fonte de segurança jurídica (BARROSO, 2004).

Em muitos casos, não fosse a possibilidade de modulação temporal, o possível transtorno e instabilidade gerados por uma declaração de inconstitucionalidade impediriam que esta se consolidasse, fazendo com que uma lei inconstitucional acabasse por não ser decretada como tal para se evitar um caos generalizado.

É o que ocorreu, por exemplo, no paradigmático e correntemente citado caso do município Luis Eduardo Magalhães. Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240, buscava o partido dos trabalhadores a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o município em questão.

O pedido fundava-se no fato de que a lei estadual em questão não observou a exigência constitucional, prevista na Emenda 15 de 1996, de que a criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios deve se dar por intermédio de lei federal e que, portanto, confrontava a Constituição Federal.

A inconstitucionalidade era patente, já que facilmente extraída do confronto da letra do texto constitucional com o modo em que se deu a criação do município – por meio de lei estadual. Não obstante diversas discussões e análises se realizaram no Supremo Tribunal Federal até que se chegasse a um desfecho definitivo.

Isso porque, apesar da inconstitucionalidade da lei e sua consequente nulidade e formal reconhecimento de inexistência no mundo jurídico, não se poderia desconsiderar as inúmeras situações consolidadas sob sua égide.

Havia não apenas a criação e existência física do município, como também tantos inúmeros outros atos inerentes a uma estrutura municipal, como realização de eleições, criação de leis municipais, destinação de verbas. Sem falar nos atos corriqueiros da vida em sociedade daquela população como casamentos, nascimentos, óbitos, negócios jurídicos, dentre tantos outros.

Cogitou-se no âmbito interno da corte a improcedência da ação com vistas à garantia da segurança jurídica. Entretanto, apesar da relevância do princípio em questão, não se poderia desconsiderar a evidente inconstitucionalidade.

A saída encontrada pelo Min. Gilmar Mendes foi a de proferir seu voto pela declaração da inconstitucionalidade da lei, mas que, fosse dotada de efeitos prospectivos, de modo a não atingir as situações já consolidadas. Além disso, votou pela extensão da validade na norma inconstitucional por prazo razoável à sua adequação aos parâmetros constitucionais (BRASIL, 2007).

Nestes moldes, o Ministro não só enalteceu a possibilidade e importância da modulação temporal para garantia da segurança jurídica, como também consolidou a possibilidade de que os efeitos da decisão fossem prospectivos, *pro futuro*, inclusive com termo inicial para o início de sua produção.

O voto em questão foi acompanhado pelos demais ministros, a exceção do Ministro Marco Aurélio, que discordou da atribuição dos efeitos prospectivos.

Com isso, a ação teve o seguinte desfecho:

O Tribunal, a unanimidade, julgou procedente a ação direta, e, por maioria, ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento, nos termos do voto reajustado do Senhor Ministro Eros Grau (Relator) e do voto-vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, vencido, nesse ponto, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que declarava a nulidade do ato questionado. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 09.05.2007. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 2240, Relator: Ministro Eros Grau, 2007).

A decisão demonstra o avanço do Supremo Tribunal Federal na preocupação e garantia da segurança jurídica, bem como a potencialidade do instituto da modulação temporal em propiciá-la.

Este reconhecimento, aliás, deu margem, antes mesmo da decisão em comento, à possibilidade de aplicação extensiva do mecanismo para além das

hipóteses legalmente previstas no referido art. 27 da Lei 9.868/99, que, todavia, restringe-se ao controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido, pode-se observar na jurisprudência da colenda Corte a utilização da modulação temporal em outras hipóteses excepcionais, alheias ao controle concentrado de constitucionalidade, que pela relevância a justifiquem.

3.3.2 A expansão das possibilidades de modulação

A primeira das situações que recebeu tratamento extensivo sobre a possibilidade de limitação temporal de efeitos foi a das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, feito incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento de recursos extraordinários.

Reconheceu-se que também na declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em casos concretos, ainda que com efeitos restrito às partes da demanda – o chamado efeito *inter partes* - haviam situações que a tutela da segurança jurídica e do interesse social impediam a incidência imediata dos efeitos da decisão. Obstavam que a nulidade da norma declarada inconstitucional se impusesse para invalidar situações pretéritas e impedir, de imediato, situações presentes e futuras (SILVA, 2012).

No conhecido caso do Município de Mira Estrela (RE 197.917/SP), em que se discutia a constitucionalidade da Lei Municipal que estabeleceu número de vereadores em desconformidade com os critérios do art. 29, IV da Constituição Federal, o Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, delongou-se no debate da questão.

Fundamentou que a extensão da possibilidade de modulação de efeitos seria possível, primeiramente, porque amplamente utilizada no *common law*, sistema do qual se importou o mecanismo do controle de constitucionalidade e do uso de jurisprudência. Destacou inexistirem incompatibilidades entre a limitação de efeitos e o sistema do controle difuso. Asseverou que a limitação de efeitos consiste em relevante mecanismo de ponderação entre os valores segurança jurídica e nulidade da norma infraconstitucional, e que, portanto, é apanágio tanto do controle concentrado quanto do controle difuso de constitucionalidade. (BRASIL, 2002).

Com base nestas relevantes considerações, reconheceu-se a inconstitucionalidade da lei em questão, atribuindo-se, entretanto, efeitos prospectivos à decisão, a fim de se conceder tempo hábil à readequação legislativa.

O julgado foi ementado da seguinte forma:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. **Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.** Recurso extraordinário conhecido e em parte provido (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 197917, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, 2002). (grifo nosso).

Após longas críticas e discussões já prepondera pacífica a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão também no controle

difuso, inclusive com atribuição de efeitos prospectivos à decisão, desde que em situações extremas e com vistas à tutela da segurança jurídica e do interesse social.

Isso, sob a justificativa de que a segurança jurídica é um direito fundamental implícito e, como tal, deve ser efetivado pelos meios disponíveis no ordenamento jurídico, prescindindo-se, para tanto, de específica previsão em legislação infraconstitucional (MARINONI, 2010).

A mesma justificativa passou a embasar a extensão da possibilidade de limitação de efeitos também para a mudança de jurisprudência.

Com isso, prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a modulação temporal dos efeitos de decisão judicial pode ocorrer em quatro hipóteses: a) declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) declaração incidental de inconstitucionalidade; c) declaração de constitucionalidade em abstrato; e d) mudança de jurisprudência (BARROSO, 2012, p.02).

Esta última possibilidade, entretanto, representa avanço ainda maior em termos de tutela da segurança jurídica.

Ao contrário do que ocorre nas hipóteses de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, neste caso não há se que falar em ponderação entre a nulidade da norma declarada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica (MARINONI, 2011).

No caso da mudança de jurisprudência, a limitação de efeitos justifica-se única e exclusivamente à garantia deste princípio, que se constatou também restar violado diante da mudança de entendimento jurisprudencial consolidado.

Por este motivo, o termo modulação temporal muitas vezes vem substituído pelo termo prospectividade, já que não se trata de aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, mas sim da utilização de um mecanismo com vistas à garantia da segurança jurídica pela irretroatividade de posicionamento jurisprudencial consolidado que detenha caráter normativo, que consista em norma no ordenamento jurídico (BARROSO, 2006).

Nestes casos, apesar de não haver o afastamento de uma lei por sua reconhecida inconstitucionalidade, há o afastamento de regra ou interpretação jurídica relevante, que assim como a lei pode ter embasado condutas e relações jurídicas, e cuja abrupta extirpação, assim como ocorre com a extirpação da lei, também pode levar à instabilidade jurídica e até mesmo ao caos social.

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal desta possibilidade, além de ganhos em segurança jurídica, demonstra uma exemplar situação de utilização criteriosa da jurisprudência. Isso porque se dá com o devido embasamento nas principais premissas que norteiam o sistema de precedentes e os efeitos de sua alteração no sistema *common law*.

Demonstra o reconhecimento da importância assumida pela jurisprudência no cenário jurídico brasileiro, e seu caráter muitas vezes normativo, que exigem, em tal qualidade, o mínimo de estabilidade, continuidade, e principalmente irretroatividade que se concedem à lei.

Nesse sentido, destacam-se as considerações tecidas pelo Min. Gilmar Mendes¹⁵ no julgamento do RE 637.485/RJ, já citado em outras oportunidades neste trabalho como destaque e avanço em termos de segurança jurídica.

Nesta ocasião, após mudança de entendimento jurisprudencial sobre questões eleitorais, mais especificamente sobre a possibilidade de candidato reeleito exercer outro mandato em cidade diversa, reconheceu-se a normatividade dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, qualidade na qual a eles também se impunha o dever de irretroatividade.

A esse respeito bem destacou o Ministro:

[...] a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 637.485/RJ, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2012).

Embasado nestas considerações, o recurso extraordinário em questão foi provido para declarar a correta interpretação do artigo 14, § 5º da Constituição, que, entretanto, restou inaplicável às eleições de 2008, período no qual vigorava entendimento anterior, conforme expressamente indicado em parte da ementa do julgado e também no dispositivo do acórdão.

¹⁵ Este ministro, a propósito, como se pode perceber, mostra-se o mais aguerrido na defesa da possibilidade de extensão da limitação de efeitos da decisão.

IV. EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Recurso extraordinário provido para: (1) resolver o caso concreto no sentido de que a decisão do TSE no RESPE 41.980-06, apesar de ter entendido corretamente que é inelegível para o cargo de Prefeito o cidadão que exerceu por dois mandatos consecutivos cargo de mesma natureza em Município diverso, não pode incidir sobre o diploma regularmente concedido ao recorrente, vencedor das eleições de 2008 para Prefeito do Município de Valença-RJ; (2) deixar assentados, sob o regime da repercussão geral, os seguintes entendimentos: (2.1) 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; (2.2) 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 C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, reconhecer a repercussão geral das questões constitucionais e, por maioria, dar provimento ao recurso e julgar inaplicável a alteração da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral quanto à interpretação do § 5º do artigo 14 da Constituição Federal nas eleições de 2008, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 637.485/RJ, Relator: Min. Gilmar Mendes, 2012).

A relevância deste julgado reside em vários aspectos. Além do já mencionado avanço na tutela da segurança jurídica e da extensão da possibilidade de modulação temporal a mudança de jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal vai além, e contempla a possibilidade, também para estes casos, do efeito prospectivo a termo, ou, como chamado no *common law*, *prospective prospective overruling*.

Dá mostras de que, aos poucos, passa também a se pautar pela confiança justificada na jurisprudência, critério este imprescindível em referido sistema para a atribuição de efeitos nas decisões que alteram precedentes, conforme exposto em item anterior.

Quanto a esta possibilidade de limitação temporal dos efeitos da decisão que altera entendimento jurisprudencial deve-se consignar uma particularidade: a questão do quórum de votação.

Com efeito, a previsão contida no art. 27 da Lei 9.868/99, que inseriu o instituto da modulação temporal no ordenamento jurídico brasileiro nas ações de controle concentrado de constitucionalidade exige, para a limitação temporal dos

efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a aprovação de 2/3 dos Ministros do STF.

O quórum qualificado se justifica pela relevância da deliberação, que implicará na manutenção provisória de uma lei declarada inconstitucional e, portanto nula, com vistas à garantia da segurança jurídica.

Por este motivo, tal previsão também se aplica às hipóteses de modulação temporal no controle difuso, uma vez que esta possibilidade se viabiliza justamente por uma interpretação analógica e extensiva do dispositivo em comento. Até porque os efeitos práticos no caso concreto são os mesmos, a saber, a autorização provisória para aplicação de uma norma declarada inconstitucional com o objetivo de garantir a segurança jurídica, ainda que isso se dê *inter partes*, como ocorre no controle difuso de constitucionalidade.

Ocorre que a mesma máxima interpretativa não se pode estender às hipóteses de mudança jurisprudencial. Isso porque nesta hipótese não há nulidade de norma declarada inconstitucional que justifique o quórum qualificado. Não haverá manutenção provisória de uma norma nula em prol da segurança jurídica.

O que há, em verdade, não é aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99, mas sim limitação temporal e eventual aplicação de efeitos prospectivos em observância à vedação à irretroatividade das normas e também proteção ao princípio da segurança jurídica, na medida em que considere o entendimento jurisprudencial consolidado como norma do ordenamento jurídico.

Assim sendo, tanto pela falta de subsunção ao dispositivo legal em questão, quanto pela ausência de previsão legal exigida para a excepcional fixação de quóruns qualificados de votação, não há que se falar em exigência de quórum qualificado para a limitação temporal dos efeitos da decisão que altera entendimento jurisprudencial consolidado.

Além do mais, deve-se ter em conta que a limitação temporal dos efeitos da decisão que altera jurisprudência, ao invés de manter a provisória validade da norma declarada inconstitucional – como ocorre nos controles difuso e concentrado - tem como objetivo justamente evitar que esta decisão alteradora esteja eivada de inconstitucionalidade por violar a segurança jurídica.

A esse respeito, destacam-se as considerações tecidas por Luís Roberto Barroso, no exercício da advocacia, em parecer sobre a atribuição de efeitos prospectivos à decisão do Supremo Tribunal Federal, que mudou

entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça a respeito da cobrança de COFINS das sociedades prestadoras de serviços profissionais.

Em se tratando de modulação por mudança de jurisprudência, data *maxima venia*, não há que se falar na aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e, por consequência, no quorum de dois terços nele previsto [...] ao contrário do que ocorre com a modulação temporal no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a eficácia prospectiva postulada aqui não implica paralisação parcial da eficácia de uma norma constitucional. O que ocorre, a rigor, é justamente o oposto. Na realidade, a modulação aqui decorre de forma direta, e necessária, da *incidência* de normas constitucionais, como a irretroatividade tributária e a proteção da confiança e da boa-fé. Isto é: não se mantém a vigência de um ato inválido, mas evita-se uma inconstitucionalidade. Não faz sentido, portanto, aplicar à hipótese o *quorum* especial de dois terços: a modulação, no caso concreto, insere-se no âmbito da atuação ordinária do STF como guardião da Constituição. (2012, p. 03 e 07)

Tais premissas permitem que se cogite a possibilidade de limitação temporal de efeitos para a mudança de entendimento jurisprudencial consolidado em uma outra esfera: a dos tribunais superiores.

Toma-se por base o fato de que a Constituição Federal irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico e que, deve ser não só respeitada como, na medida do possível, efetivada por todos os órgãos do Poder Judiciário (CARNEIRO JR., 2012).

Observa-se ainda o fato de que possibilidade de limitação de efeitos e eventualmente atribuição de prospectividade à decisão que altera jurisprudência se justifica por razões de segurança jurídica. Isso porque visa assegurar a irretroatividade e dar proteção na confiança. Assim, pode-se afirmar não haver óbices para que também os tribunais superiores, quando da mudança de entendimento consolidado, excepcionalmente se utilizem deste importante mecanismo processual.

Na medida em que aos tribunais superiores incumbe o dever de dar a última palavra em termos da legislação federal dentro de sua competência, também eles, ao inserirem no mundo jurídico determinado posicionamento sobre a interpretação de leis ou mesmo sobre o tratamento jurídico de situações envoltas em lacuna legal, criam normas jurídicas que passam a nortear condutas e relações jurídicas.

Por este motivo, também sobre elas devem incidir a regra da irretroatividade e os meios de proteção a ela inerentes.

A possibilidade de limitação de efeitos - especialmente da prospectividade - se intensifica no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça, que além do dever de zelar pela correta interpretação da legislação federal vigente tem ainda a missão constitucional de cuidar para que haja uma uniformização da interpretação dentro dos tribunais inferiores sob sua jurisdição. Ou seja, o dever de uniformizar a jurisprudência (art. 105, III, “c” da Constituição Federal).

A questão já foi posta à apreciação desta Corte quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 738.689/PR. Nesta ocasião, diante da mudança da jurisprudência consolidada sobre o direito ao aproveitamento do crédito prêmio do IPI, em voto-vista o Ministro Herman Benjamin teceu brilhantes considerações sobre a segurança jurídica e a expectativa do jurisdicionado na estabilidade dos pronunciamentos jurisprudenciais, para cuja proteção impunha-se a limitação dos efeitos da decisão que alterava o entendimento por anos preponderante.

Para tanto, o Ministro invocou a possibilidade da modulação temporal dos efeitos da decisão, a exemplo do que ocorre com o permissivo insculpido no art. 27 da Lei 9.868/99, não por aplicação analógica, mas sim em atenção ao princípios que nortearam a criação desse mecanismo pelo legislador.

Destacou o Ministro:

A fixação de termo *a quo* para o início dos efeitos da decisão judicial não é assunto estranho à jurisprudência brasileira, tendo o art. 27, da Lei 9.868/99, e o art. 11, da Lei 9.882/99, assim se orientado [...] Não se trata aqui exatamente de aplicar por analogia a citada legislação federal aos julgamentos proferidos pelo STJ, mas sim de tomar por empréstimo o fundamento que deu ensejo à sua produção, qual seja, o princípio da segurança jurídica. Inegável que os valores que levaram o legislador federal a produzir as Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, vão além do produto legislativo, influenciando necessariamente na aplicação do Direito por todos os Tribunais Superiores. Tenho para mim que, também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da “sombra de juridicidade”, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos Superior Tribunal de Justiça praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto. Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por conseqüência, os atos praticados pelos contribuintes sob a “sombra de juridicidade” exige do STJ o manejo do termo *a quo* dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial. Repito que não se trata de, simplesmente,

aplicar-se as normas veiculadas pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo e. STF quanto pelo STJ. No caso dos Vereadores, parece evidente que eventual inexistência de lei federal prevendo expressamente a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial não impediria o e. STF de sopesar os efeitos de seu acórdão, por conta do imperativo da segurança jurídica. Da mesma forma, a inexistência de norma ordinária expressa que regule o assunto não tem o condão de impedir os Tribunais Superiores de adequarem sua atividade, ou o produto da ação jurisdicional, aos ditames da segurança jurídica. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 738.689, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, 2007).

Não obstante a menção do Ministro Benjamin em asseverar que a limitação de efeitos, no caso, não se tratava de aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99, mas sim de instrumento para garantia da segurança jurídica e do interesse social, o então relator, Ministro Teori Albino Zavascki, entendeu que a modulação temporal no âmbito do Supremo Tribunal Federal autoriza-se apenas para a declaração da inconstitucionalidade das normas, e não para o efeito das decisões judiciais. Acompanhado pelo voto da maioria dos membros da 1ª Turma, concluiu que:

Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a modulação temporal das suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 738.689, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, 2007).

A respeito desta situação, como bem destaca Marinoni:

O Superior Tribunal de Justiça perdeu grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um Tribunal incumbido de dar uniformidade ao direito federal. Pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/99 faça referência expressa apenas às decisões de inconstitucionalidade [...] a limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais. Os atos alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico – e, assim, irradiadores de confiança justificada -, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica e à confiança nos atos do Poder Público. Ou seja, a modulação de efeitos ou a limitação dos efeitos retroativos das decisões certamente não pode servir apenas às decisões de inconstitucionalidade. Na verdade, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é um dos aspectos que se insere na

questão relativa à tutela da segurança diante das decisões judiciais. (2010, p. 440).

Lamentavelmente, deixou-se de consolidar no âmbito desta corte de justiça a possível incorporação de um relevante mecanismo para a correta e segura utilização da jurisprudência, nos moldes da *common law*.

Apesar disso, não se pode desconsiderar a premente necessidade e viabilidade jurídica da limitação ou modulação temporal de efeitos das decisões que alteram jurisprudência também no âmbito dos tribunais superiores (ATAÍDE JR., 2012a)

A questão não está alheia ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em que consta expressa previsão nesse sentido, o que será melhor analisado a seguir.

3.4 O resgate da segurança jurídica

Como amplamente afirmado neste trabalho, a forma descomedida como vem se dando a utilização da jurisprudência no ordenamento brasileiro é preocupante e, sobretudo, nociva aos próprios princípios que teoricamente busca prestigiar e, em última instância, ao próprio sistema jurídico

Dentre os princípios em cheque ressalta-se o da segurança jurídica, que representa não só uma basilar premissa para a estruturação dos dois grandes sistemas jurídicos vigentes – *common* e *civil law* -, como principalmente, em especial no que tange ao ordenamento brasileiro, para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Apesar da relevância em ambos os sistemas, a segurança jurídica ocupa diferentes fontes e foco em cada um deles. Tradicionalmente, como visto, no *common law* se encontra nos precedentes, enquanto que no *civil law* reside na lei.

Este é um dos principais aspectos que leva à violação do princípio pela utilização da jurisprudência no ordenamento brasileiro. O uso de um elemento base do *common law* dissociado dos principais postulados que o norteiam.

Assumindo-se a importância e benefícios que justificam a manutenção da jurisprudência em nosso sistema, o primeiro passo para que se

resgate e se mantenha a segurança jurídica com o seu uso é justamente a internalização e efetivação desta delimitação estrutural.

Se a jurisprudência é utilizada a tal ponto que reflete em norma jurídica dentro do ordenamento, que juntamente com a lei passa a embasar condutas e relações jurídicas, também ela passa a ser fonte de segurança jurídica.

E nesta posição, de fonte de segurança jurídica, deve-se atribuir à jurisprudência, na medida do possível e da compatibilidade, os mesmos institutos e previsões destinados à garantia deste princípio constitucional, como é o caso da regra geral de irretroatividade da lei.

Deve-se conferir à jurisprudência a mesma estabilidade, continuidade e previsibilidade que se espera da lei e do ordenamento jurídico como um todo.

Assim, “a mudança de orientação jurisprudencial há de ser feita com o mesmo cuidado com que o legislador deve ter quando inova a ordem jurídica” (CARRAZA, 2009, p. 59).

Assumida esta máxima, para o resgate e manutenção da segurança jurídica com o uso da jurisprudência deve-se, em um segundo passo, também analisar as principais premissas do sistema de onde é teoricamente originário, ou seja, do *common law*. Em especial na forma com que se mantém a segurança jurídica e a vivacidade do ordenamento jurídico com o uso de precedentes.

Neste contexto, destacam-se as formas de modificação dos precedentes e principalmente os efeitos que se atribuem às decisões que o fazem.

Em termos de segurança jurídica um dos principais problemas na utilização de jurisprudência em nosso ordenamento é sua falta de uniformidade e, principalmente, de estabilidade.

Já se destacou a necessidade da eventual mudança da jurisprudência, para que continue válida diante das mudanças sociais. Entretanto, a mudança descomedida:

[...] provoca um *deficit* de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico: se a orientação jurisprudencial anterior não for mantida, haverá surpresa e frustração, abaladoras dos ideais de estabilidade e de credibilidade do ordenamento jurídico; se a orientação jurisprudencial futura, pela desconfiança na sua conformação, não será mais calculável. A falta de proteção da confiança (passada) compromete a calculabilidade futura do direito (futura). (ÁVILA, 2011, p. 464).

Para o resgate da segurança jurídica nesse sentido, que é o principal foco deste trabalho, de crucial importância a internalização da necessidade de ponderação de efeitos e, principalmente, da aplicação criteriosa de limitações temporais às decisões que alteram entendimento jurisprudencial consolidado (FIGUEIREDO, 2009).

No sistema *common law* os efeitos da decisão que alteram precedentes são atribuídos e temporalmente modulados com base na chamada confiança justificada no precedente (POLICHUCK, 2011).

Quanto maior a utilização do precedente como norma, como regra para embasar condutas, situações e relações jurídicas, maior limitação à retroatividade da decisão alteradora. Este é o valor basilar a ser absorvido para a modificação do entendimento jurisprudencial consolidado em nosso ordenamento.

Tomado este valor como base, basta que se intensifique a utilização do mecanismo da limitação temporal ou modulação de efeitos, totalmente compatível com a atual estruturação do nosso sistema jurídico, independentemente do nome que se lhe dê.

Quer pela previsão do art. 27 da Lei 9.868/99, que expressamente admite esta prática nas decisões de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quer ainda pela assunção como meio de efetivar e garantir o princípio constitucional e também direito fundamental à segurança jurídica, condição na qual dispensa expressa previsão legal.

Nestes moldes, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os tribunais superiores podem e devem, de forma prudente e criteriosa, limitar temporalmente os efeitos de suas decisões sempre que elas importarem em mudança do entendimento jurisprudencial consolidado. Sempre que modificarem a regra normativa até então vigente e consubstanciada em um entendimento jurisprudencial anterior.

A esse respeito, as prudentes reflexões de Carrazza:

Apresentadas estas premissas, podemos avançar em nosso raciocínio indagando: e os demais Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e STE) podem, à míngua de uma lei formal expressa, manter os efeitos da antiga e arraigada jurisprudência, quer em relação à causa agora julgada em sentido oposto, quer às demais, que ainda tramitam, quer, finalmente, a todas as pessoas que estavam a pautar sua conduta de acordo com aquilo que, sem nenhuma hesitação, o próprio Poder Judiciário considerava correto e adequado? Agora respondemos que sim, em que pese a inexistência de

autorização em meio técnico-processual expresso. Sempre o auto-aplicável princípio constitucional da segurança jurídica impõe a fixação do período de transição a que estamos a aludir. Basta esteja presente um dos precitados pressupostos: 'razões de segurança jurídica' ou 'excepcional interesse social'. (2009, p. 68).

Apesar do Supremo Tribunal Federal já haver contemplado em alguns julgamentos essa possibilidade para o seu âmbito interno, conforme demonstrado, a prática deve se intensificar, a ponto de que a ponderação dos limites e efeitos temporais das decisões em questão se torne mais um requisito de análise dentro dos julgamentos na Corte.

Além disso, sob as mesmas premissas a prática deve também se estender aos tribunais superiores, cujo poder-dever de dar a última palavra sobre a legislação infraconstitucional das respectivas competências faz com que a jurisprudência neles consolidada também se revista de caráter normativo dentro do ordenamento jurídico.

Para que a segurança jurídica reste integralmente resgatada e protegida diante da necessária e justificada mudança da jurisprudência consolidada é necessário que se ponderem casuisticamente os efeitos de cada nova decisão. A incidência ou não de retroatividade e seu alcance.

Isso sempre tendo como base a proteção da confiança depositada na jurisprudência alterada, o seu grau de incidência e utilização como regra no ordenamento jurídico, o quanto ainda era utilizada e em quais dimensões, os reflexos de sua utilização e alteração, a expectativa depositada pelo jurisdicionado no regramento nela consubstanciado e as conseqüentes expectativas sobre o tratamento e desfecho judicial da questão envolvida.

Pela relevância e dimensão em termos de segurança jurídica, e até mesmo pelo destaque constitucional assumido, pode-se afirmar que a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido devem ser tidos como valores inatingíveis dentro de um cenário de alteração da jurisprudência. Tanto pela regra de irretroatividade neles mesmo consubstanciada, que também se estende à jurisprudência de caráter normativo, como principalmente pela drástica violação da segurança jurídica que um eventual efeito retroativo poderia causar (ATAÍDE JR., 2012b).

Em verdade, salvo em raríssimas exceções, onde a jurisprudência alterada já não tinha força e nela não se depositavam expectativas, o efeito retroativo deve ser evitado, dado sua eminente nocividade à segurança jurídica.

Assim sendo, via de regra, as decisões alteradoras de jurisprudência consolidada devem ser dotadas de efeitos *ex nunc*, até porque muitas vezes “a irretroatividade da jurisprudência é mais importante que a das próprias leis” (CARRAZZA, 2009, p. 64)

Além disso, também com base na proteção da confiança e da expectativa do jurisdicionado, deve-se ter presente a possibilidade de atribuição de efeitos apenas futuros, os quais, sob estas égides, poderão ser afastados inclusive do processo em julgamento no qual se obteve a decisão alteradora, nos moldes como já realizado pelo Supremo Tribunal Federal no paradigmático julgamento do RE 637.485/RJ, por diversas vezes citado neste trabalho.

Sempre que a jurisprudência a ser modificada seja relevante e abrangente o suficiente para ter e estar ainda a embasar condutas e relações jurídicas, o novo entendimento deve se aplicar tão somente aos processos futuros, dele ficando resguardados não só o processo em que se proferiu a decisão alteradora como também todos os já ajuizados sob a égide do entendimento alterado (NERY JR., 2009).

Não há como se garantir segurança jurídica nem como se tutelar a proteção da confiança no ordenamento jurídico e no Estado Democrático de Direito quando não se permite ao jurisdicionado um mínimo de previsibilidade com relação ao desfecho do caso por ele posto à apreciação do Judiciário. Ainda mais quando este caso envolver matéria cujo entendimento esteja consolidado no âmbito dos tribunais (DOURADO; DINIZ, 2012).

O lugar atualmente ocupado pela jurisprudência dentro de nosso ordenamento jurídico faz com que seja não só fonte normativa para embasar condutas e relações jurídicas, como também que figure como um dentre tantos outros fatores utilizados para apreciação do risco de se demandar judicialmente.

Hodiernamente, propõe-se ou se deixa de propor ações com base no entendimento jurisprudencial sobre a questão envolvida.

Por conta disso, deve-se tutelar a expectativa depositada pelo jurisdicionado, que restará completamente frustrada quando, não obstante ter proposto a demanda sob a égide de um determinado entendimento, tem seu caso

tratado de forma diametralmente diversa em virtude de abrupta mudança jurisprudencial. O cenário além de inexplicável torna-se revoltante.

Situações como esta estão a violar frontalmente a segurança jurídica e, por via reflexa, a credibilidade do ordenamento e do Estado Democrático de Direito, razão pela qual demandam uma premente solução, que pode ser encontrada justamente com a possibilidade de limitação temporal dos efeitos da decisão alteradora, mais especificamente, com a atribuição de efeitos prospectivos a termo, dependendo do grau de confiança depositado na jurisprudência alterada (NERY JR., 2009).

Com estes parâmetros, que se frise inspirados e perfeitamente compatíveis com os mecanismos utilizados no *common law*, cujas notoriedade e eficácia permitem a criteriosa alteração dos precedentes sem prejuízos à necessária estabilidade e previsibilidade do sistema jurídico, conseguirá se resgatar e manter a segurança jurídica com a utilização de jurisprudência no ordenamento brasileiro (POLICHUCK, 2011).

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil traz prenúncio de boas novas, ao prever a possibilidade de modulação temporal para a alteração de jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e nos tribunais superiores, com vistas à garantia do interesse social e da segurança jurídica.

A previsão, apesar de ser bastante abstrata e contemplar a modulação temporal apenas como possibilidade e não como dever, indica ao menos o despertar em definitivo para o problema da segurança jurídica decorrente da falta de uniformidade e estabilidade da jurisprudência.

Ideal seria que o texto fosse alterado, aprovado e entrasse em vigor dispondo algo mais próximo do sugerido por Marinoni, segundo o qual a redação do artigo em questão deveria se dar da seguinte forma:

Art. 847, V – na hipótese de alteração de precedente ou jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, aí incluído aquele oriundo de recurso repetitivo, deve haver modulação dos efeitos da decisão, podendo-se atribuir efeitos prospectivos ou limitar os efeitos retroativos, mediante a consideração do grau de confiança depositado no precedente e da importância de se aplicar imediatamente a decisão para o tratamento isonômico dos jurisdicionados. (2010a, p. 520).

Sabe-se que a limitação temporal dos efeitos da decisão que altera jurisprudência dominante não é a tábua de salvação para todos os problemas

inerentes à utilização deste complexo mecanismo do *common law* em nosso ordenamento *civil law*.

Todavia, ao menos no que diz respeito à dicotômica e complexa questão da estabilidade, cuja falta é um dos grandes responsáveis pela apontada crise na garantia deste direito fundamental, o mecanismo é dotado de grande potencial para o resgate e manutenção da segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Em que pese a segurança jurídica ser um fator positivo a justificar a utilização da jurisprudência, demonstra a experiência que seu uso deturpado e sem os exigíveis critérios vem sendo fonte de violação deste valor que, a princípio, buscou-se prestigiar.

Apesar de não expressa na Constituição Federal de 1988, é sabidamente um princípio constitucional implícito. Mais que isso, é um direito fundamental, de imprescindível observância para a dignidade da pessoa humana e para a manutenção das bases do Estado Democrático de Direito, razão pela qual deve sempre ser observada e, na medida do possível, efetivada independentemente de previsão infraconstitucional.

Dentre os corolários da segurança jurídica, destacam-se a proteção da confiança, a estabilidade, continuidade e previsibilidade do ordenamento jurídico, todos de indispensável observância e garantia para a proteção deste direito fundamental. Dentro do conceito de ordenamento jurídico, em que se exigem tais valores, insere-se também a jurisprudência que, dado seu grau de utilização e internalização em nosso sistema jurídico, já ocupa juntamente com a lei o papel de fonte do direito.

Por este motivo, o uso de jurisprudência deve ser pautado por estes valores, sempre visando a garantia da segurança jurídica. Seu mal uso é apontado como principal fator na crise da segurança jurídica pela qual passa o ordenamento brasileiro. Seus principais vícios são a falta de uniformidade e de estabilidade da jurisprudência. Além da divergência de posicionamentos sobre uma mesma matéria entre tribunais e órgãos fracionários de um mesmo tribunal. O que obriga o jurisdicionado a conviver com posicionamentos cambaleantes, que bruscamente são alterados sem qualquer preocupação com os efeitos da alteração.

Há então uma violação do princípio da segurança jurídica e todos os seus consectários, o que faz com que dada a nocividade da violação, o uso da jurisprudência acabe sendo mais prejudicial do que benéfico ao ordenamento jurídico. Isso é resultado de uma má interpretação e aplicação da jurisprudência, desconexa dos principais critérios e conceitos que norteiam o sistema de precedentes no *common law*, de onde foi inspirada.

Em termos de segurança jurídica, o problema tem grandes chances de se amenizar ou mesmo de ser solucionado com a utilização das premissas basilares do *common law* a respeito da modificação dos precedentes, tanto no que diz respeito às técnicas de alteração, como principalmente com relação aos efeitos da decisão alteradora. Este último sempre toma por base a chamada confiança justificada no precedente, no intuito de garantir a estabilidade das relações jurídicas que sob suas premissas se realizaram e também a estabilidade e segurança do ordenamento.

Quanto maior a confiança depositada e a utilização e vivacidade do precedente no momento de sua alteração mais se afasta a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à decisão alteradora. A esta pode ser concedida tanto os efeitos retroativos, para o caso de precedentes renegados ao desuso, como os efeitos *pro futuro*, a termo.

Em casos extremos, quando a confiança depositada no precedente for extrema, admite-se que o efeito futuro se aplique somente a casos que estão por vir, de modo a resguardar o próprio caso onde se obteve a decisão alteradora de seus efeitos, sempre visando a garantia da segurança jurídica. Isto é, se a confiança era tamanha de modo a pautar condutas e relações jurídicas, não se pode admitir que o jurisdicionado seja abruptamente surpreendido com novo entendimento paradigma, sendo este aplicado justamente ao seu caso, que se pautou e se consolidou sob a égide do entendimento anterior.

Estas premissas destinadas à fixação de efeitos das decisões alteradoras de precedentes mostram-se totalmente compatíveis com os moldes do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual podem e devem ser aplicadas também na alteração do entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal.

Seja pela possibilidade concedida pela Lei 9.868/99, que permite a modulação temporal para as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, ou pela interpretação analógica estendida ao controle difuso, ou ainda pela simples utilização do mecanismo como forma de garantir e efetivar o direito fundamental à segurança jurídica, que, por esta natureza, dispensa para tanto previsão infraconstitucional, a limitação de efeitos da decisão alteradora de jurisprudência consolidada é uma das saídas para a má-utilização da jurisprudência, ao menos no que diz respeito à falta da necessária estabilidade.

Tamanho é o potencial deste mecanismo que a ele já se atentaram os juristas do Anteprojeto do Novo Código de Processo, em que há expressa previsão nesse sentido. Apesar de sua vagueza e imprecisão, a previsão em questão traz bons prenúncios de que ao menos já se instaurou o alerta na comunidade jurídica para o tão nocivo problema da falta de uniformidade e principalmente estabilidade da jurisprudência.

A questão merece maiores debates, maturação e aprofundamento, mas se pode afirmar que as diretrizes necessárias à garantia da segurança jurídica no que tange à otimização dos necessários valores da atualidade e estabilidade sempre devem permear a limitação de efeitos da decisão alteradora, em face da bem sucedida experiência desta prática, que há séculos consegue garantir a segurança jurídica do sistema precedentalista no *common law*. Além disso, estas diretrizes devem ainda, concomitantemente, observar regras simples já previstas em nosso ordenamento, objetivando assegurar sua previsibilidade, estabilidade e continuidade.

Se há a garantia constitucional e infraconstitucional da irretroatividade e anterioridade da lei como premissa basilar à segurança jurídica e ao Estado Democrático de direito, deve-se também garantir, nos mesmos moldes, a irretroatividade e anterioridade da jurisprudência, já que, na atual realidade do ordenamento jurídico brasileiro, divide-se com a lei o papel de fonte do direito e conseqüentemente de meio de segurança jurídica.

Assim, sempre tendo como base a irretroatividade do novo entendimento jurisprudencial e a necessidade de fixação de efeitos para cada decisão alteradora, com especial atenção para a confiança depositada no entendimento anterior e o tratamento a ser despendido nos processos em curso - inclusive aquele onde se obteve a decisão alteradora -, conseguir-se-á chegar muito próximo da almejada segurança jurídica, que se pretendeu atingir não só com a inserção da jurisprudência no ordenamento brasileiro, como também com o valor e direito fundamental de necessária observância para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 491-551.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Judges as rule makers. In EDLIN, Douglas E. (Editor). **Common Law Theory**. New York: Cambridge University Press, 2007.

ARAÚJO, Francisco Regis Frota; MOREIRA, José Davi Cavalcanti. **Delimitação histórica do princípio da segurança jurídica nas constituições brasileiras e suas dimensões**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3529.pdf>>. Acesso em 26 ago. 2103.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais e a efetividade de suas normas**. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTO, Antonio Carlos Pereira de Lemos. **Precedentes vinculantes e jurisdição constitucional: eficácia transcendente das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: *LumenJuris*, 2012.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1201791/SP. Agravante: M. O. M. de B. A. Agravado: T. de J. F. e Outro. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 21 de maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001248348&dt_publicacao=03/06/2013>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência do Recurso Especial nº 738.689/PR. Embargante: Dalmaci Curtume Ltda. Embargado: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 27 de junho de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=651631&num_registro=200600432413&data=20071022&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 324 de 2007, extraído do Recurso Especial nº 710.559/SP. Recorrente: James Ross e Outros. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Ministra Denise Arruda.

Brasília, 21 de junho de 2007. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2317680&num_registro=200401752945&data=20080214&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 366 de 2008, extraído do Recurso Especial nº 880.385/SP. Recorrente: Banco de Crédito Nacional S/A. Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 02 de setembro de 2008. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=poupan%E7a&&b=INFJ&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=31>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 367, extraído do Recurso Especial nº 1.053.778-RS. Recorrente: Brasil Telecom S/A. Recorrido: Milton Leão Barcellos e Outros. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 14 de abril de 2009. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=5027497&num_registro=200800856688&data=20090514&formato=PDF>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 444, extraído do Recurso Especial nº 976.836-RS. Recorrente: Claudio Petrini Belmonte. Recorrido: Brasil Telecom S/A. Recorrido: Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 16 de março de 2011. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=14500816&num_registro=200701873706&data=20110324&formato=PDF>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência nº 448, extraído do Recurso Especial nº 1.185.070-RS. Recorrente: Eder Girard. Recorrido: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica CEED. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 27 de outubro de 2010. Disponível em:<

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1017388&num_registro=201000436316&data=20101104&formato=PDF>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 592.912/RS. Agravante: União. Agravado: Imelda Anna Haab e Outro (A/S). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 de abril de 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3115776>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 197917. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Câmara Municipal de Mira Estrela e Outros. , Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 06 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+197917%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+197917%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/adf4rbr>>. Acesso em: 18 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.889/DF. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Território e Outro. Recorrido: Goiás Fonseca Rates. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 02 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+363889%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+363889%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bdhzsh3>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 637.485/RJ. Recorrente: Vicente de Paula de Souza Guedes. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 1º de agosto de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>. Acesso em: 26 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 680.371. Recorrente: Câmara Municipal de Guarulhos. Recorrido: Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 11 de junho de 2013. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo710.htm#Tempestividade:REinterpostoantesdeED>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988:** conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Proibição do retrocesso social:** o estado da arte em Portugal e no Brasil. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 19, p. 103-124, mar. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>>. Acesso em: 01 Set. 2014.

BUENO, Filipe Braz da Silva. **A anatomia do processo civil constitucionalmente efetivo.** Processo e jurisdição [Recurso eletrônico on-line] / organização: CONPED/UFF; coordenadores: Vladmir Oliveira da Silveira, Aires José Rover – Florianópolis : FUNJAB, 2012, p. 6-33.

CAMARGO, Luis Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 553-674.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; BRITO, Jaime Domingues. **Súmulas vinculantes.** In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). Revista de Processo ano 34, n. 168. Editora Revista dos Tribunais Ltda, fev. 2009, (p. 143-160).

_____. **Protagonismo Judiciário Responsável.** Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 83-97, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215/214>>. Acesso em: 01 Set. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-las – questões conexas. In: FERRAZ JUNIOR, T. S; CARRAZZA, R. A.; NERY JUNIOR, N. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ.** 2 ed. Barueri: Manole, 2009, p. p. 35-74.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetivação dos direitos fundamentais.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nºs 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) et. al. **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CAPELOTTI, João Paulo. A necessidade de precedentes diante da técnica legislativa de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). **A Força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 229-250.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CRETELLA JR, José. Curso de direito romano. **O direito romano e o direito civil brasileiro.** 25 ed.rev.aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CROSS, Ruppert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law.** 4 ed. New York: Oxford University Press, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Cláusulas gerais processuais.** Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>. Acesso em: 10 fev. 2014.

DIDIER JR, Fredie.; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** 2v. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Relativizar a coisa julgada material**. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

DOURADO, Gabriel Peixoto. **A Eficácia Prospectiva das Decisões Judiciais e os Meios de Estabilidade das Relações Jurídicas à Luz do Novo Código de Processo Civil**. Novembro/2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/52-v1-n-5-novembro-de-2011-/159-a-eficacia-prospectiva-das-decisoes-judiciais-e-os-meios-de-estabilidade-das-relacoes-juridicas-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 1º set. 2014.

_____; DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. A eficácia prospectiva das decisões judiciais em caso de mudança de jurisprudência e os meios de estabilidade das relações jurídicas: a valorização dos precedentes no Brasil. *In: Jurisdição e Processo*: Tributo ao Constitucionalismo. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). A Força dos precedentes*: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 41-82.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e Jurisprudência Judicial. *In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio.; NERY JUNIOR, Nelson. Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2 ed. Barueri: Manole, 2009, p. 1-34.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6 ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. Mudança de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal e violação da segurança jurídica. **Revista de Direito Tributário**, nº 106, p. 223-234, 2009.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. **Do Constitucionalismo ao neoconstitucionalismo**: a necessidade de um sistema brasileiro de precedentes vinculantes. 2010. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica), Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho. 2010.

GABBA, Carlos Francesco. **Teoria dela retroattività dele leggi**. 3 ed. Torino: Torino Unione Tipografico Editrice, 1891.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. **O conteúdo jurídico do devido processo legal: interpretação dos direitos e garantias fundamentais.** 2007. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2007.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent.** New York: Oxford University Press, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONZÁLEZ, José Calvo. **Certeza jurídica e ignorancia del derecho.** Actualidad Jurídica Aranzadi (Navarra). Año XVI, núm. 719, 11 de enero 2007, pp. 8-9.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

GUSSI, Evandro Herrera Bertone. **A segurança na Constituição.** Dissertação (Mestrado em Direito). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros efeitos sobre a coisa julgada.** 4 ed. São Paulo: Forense, 2006.

LLOYD, Dennis. **A ideia da lei.** São Paulo: Martins Afonso, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luís Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009.

_____. Coisa julgada inconstitucional. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 223-248, jul/set 2011.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). **A Força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 559-575.

_____. **O projeto do CPC: Críticas e Propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Princípio da segurança dos atos jurisdicionais.** Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/revista_eletronica_justica/Agosto11/artigo_Luiz1.html>. Acesso em 15 jan. 2013.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 15, n. 77, p. 23-85, jan./fev. 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 491-552.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Carlos Frederico Gonçalves. **O precedente e sua contribuição à efetividade do processo.** 2007. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Católica de Pernambuco, Recife. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. *In*: Fredie Didier Jr. (coord). **Relativização da coisa julgada.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

MOTTA, Arthur Alves. **Segurança jurídica: da crise ao resgate.** 2008. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2008.

NERY JR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *In*: Fredie Didier Jr. (coord.). **Relativização da coisa julgada.** 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. *In*: FERRAZ JUNIOR, T. S.; CARRAZZA, R. A.; NERY JUNIOR, N. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ.** 2 ed. Barueri: Manole, 2009, p. 75-110.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. **Stare decisis et non quieta movere:** a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Flávio Luís de; BRITO, Jaime Domingues. **Acesso à Justiça e Inclusão Social**. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 15, p. 335-345, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/211/210>>. Acesso em: 1º set. 2014.

PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). **A Força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 209-228.

POLICHUCK, Renata. **Segurança jurídica dos atos jurisdicionais**. 2011. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). **A Força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 183-208.

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

ROUBIER, Paul. **Les conflits de lois dans le temps** (*thóerie dite de la non-rétroactivité des lois*). Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133-201.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 29 ed. 1 v. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0111058-91.2012.8.26.0000. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravado: Oswaldo Wolf. Relator: Desembargador Carlos Alberto Lopes. 25 de julho de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=011105891.2012.8.26.0000&cdProcesso=RI001B7XS0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=wQ3zBhUFTWFDTOfzq4HTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv2UeG9jCvDW9HflarlnKZ4H01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVI0XI9I83N%2BtkGN3WLwNxPoDhSPw57LjCImxl6EKOqjyAJPq26XJnZv%2Btj3guiACTj2sfg4X21OOul39%2FPmAgE%3D>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0227680-93.2011.8.26.0000. Agravante: HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo. Agravado: Julio Jacubiak. Relator: Des. Flávio Cunha da Silva. 11 de abril de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=022768093.2011.8.26.0000&cdProcesso=RI000ZYKZ0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmA>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

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**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto856.rtf>. Acesso em 25 nov. 2013.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Vol IV. 4ª ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Lucas Cavalcanti. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). **A Força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 289-315.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136. Acesso em 24 jan. 2014.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SPAETH, Harold J.; BRENNER, Saul. **Stare Indecisis: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992**. New York: Cambridge University Press, 1995.

STRECK, Lenio Luis.; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

THEODORO JR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 40, 2006. 1 CD-ROOM.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**. 2012. 269 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil, II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 152-153.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito *civil law* e *common law*. **Revista Jurídica NotaDez**. Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

_____. Precedentes e evolução do direito. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WOLKART, Eric Navarro. **Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo**. Salvador: JusPodivm, 2013.