



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

***O PROSPECTIVE OVERRULING* APLICADO AO DIREITO
BRASILEIRO: UM ESTUDO À LUZ DA SEGURANÇA
JURÍDICA**

ANA BEATRIZ ROCHA WAGNITZ

BRASÍLIA
2014

ANA BEATRIZ ROCHA WAGNITZ

**O *PROSPECTIVE OVERRULING* APLICADO AO DIREITO BRASILEIRO: UM
ESTUDO À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

BRASÍLIA
2014

Wagnitz, Ana Beatriz Rocha.

O prospective overruling aplicado ao direito brasileiro: um estudo à luz da segurança jurídica./Ana Beatriz Rocha Wagnitz – Brasília, 2014.

77 fls.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão.

1. Modulação de efeitos. 2. Prospective overruling. 3. Jurisprudência. 4. Segurança Jurídica 5. Constituição.

ANA BEATRIZ ROCHA WAGNITZ

**O *PROSPECTIVE OVERRULING* APLICADO AO DIREITO
BRASILEIRO: UM ESTUDO À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Aprovado por:

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
Professor-Orientador

Prof. Dr. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça
Professor-Examinador

Prof. Dr. Me. Rafael Santos de Barros e Silva
Professor-Examinador

BRASÍLIA
2014

AGRADECIMENTOS

Gostaria de prestar meus sinceros e profundos agradecimentos ao Professor Jorge Octávio Lavocat Galvão, orientador deste trabalho, por todo o apoio e dedicação a mim despendidos ao longo dessa tarefa.

Aos meus pais, Douglas e Rejane, meus suportes, a quem tudo eu devo. Obrigada por sempre acreditarem nos meus sonhos e por todo o amor, carinho, cuidado, atenção, apoio e paciência.

À minha família e aos amigos, pela grande ajuda e pelo apoio incondicional que me trouxeram até aqui.

Ao Pedro, que me acompanhou durante todos esses anos da faculdade e a quem eu só tenho a agradecer por todos os conselhos e por toda a paciência. Obrigada por sempre estar ao meu lado.

EPÍGRAFE

*"A jurisprudência é o próprio Direito em sua
vivência progressiva" (Sidnei Beneti)*

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central o *prospective overruling*, técnica proveniente do *Common Law*, que designa a modulação de efeitos temporais quando da alteração de um precedente da Corte. Embora não haja norma positivada nesse sentido, busca-se analisar a possibilidade de aplicação desse instituto no sistema jurídico brasileiro. Dessarte, será estudada a hipótese de que qualquer Tribunal Superior, quando competente por determinada matéria em única ou última instância e diante da alteração de uma jurisprudência consolidada, possa modular os efeitos de sua decisão. Para tanto, estudar-se-á, inicialmente, o instituto da modulação de efeitos de uma perspectiva geral, dando enfoque à sua ocorrência no controle de constitucionalidade difuso. Posteriormente, examinar-se-á o papel da jurisprudência como fonte do direito, perpassando uma análise acerca do poder normativo que detém as Cortes Superiores. Por fim, observar-se-ão as peculiaridades acerca do princípio da segurança jurídica e sua relação com o *prospective overruling*.

Palavras-chave: 1. Modulação de efeitos. 2. Prospective overruling. 3. Jurisprudência. 4. Segurança jurídica. 5. Constituição.

ABSTRACT

This present work's main objective is the study of prospective overruling, a Common Law technique that designates the modulation of the temporal effects of a decision whenever a Court landmark precedent is modified. Despite the absence of such a norm, the possibility of its application at the Brazilian law system is analyzed. Thus, the hypothesis that any Superior Court is able to modulate the effects of its decision, when competent to decide a subject at only or last instance, and facing the modification of its consolidated jurisprudence, will be studied. Therefore, initially, this study will hinge on the institute of the effects modulation at a general perspective, focusing at its occurrence at the diffuse constitutional review. After, it will hinge on the role of jurisprudence as a source of law, also analyzing the Superior Courts normative power. At last, the legal certainty principle's particularities and its relation with the prospective overruling will be assayed.

Key-words: 1. Effect modulation. 2. Prospective overruling. 3. Jurisprudence. 4. Legal certainty. 5. Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

Ag: Agravo

BPC: Benefício de Prestação Continuada

CF: Constituição Federal

CPC: Código de Processo Civil

DJ: Diário de Justiça

DJe: Diário de Justiça Eletrônico

EC: Emenda Constitucional

IPI: Imposto sobre Produtos Industrializados

LINDB: Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro

MI: Mandado de Injunção

RE: Recurso Extraordinário

REsp: Recurso Especial

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TRF: Tribunal Regional Federal

TST: Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO ...	23
1.1. Considerações preliminares.....	23
1.2. Conceituação e hipóteses.....	26
1.3. Limitação dos efeitos em controle difuso.....	30
1.4 <i>Prospective overruling</i>	34
1.5 Formas de se proceder à modulação.....	38
2. O PODER NORMATIVO DAS CORTES SUPERIORES.....	41
2.1. A jurisprudência como fonte do direito.....	41
2.2. O poder normativo da jurisprudência.....	48
3. A SEGURANÇA JURÍDICA E O <i>PROSPECTIVE OVERRULING</i>	56
3.1. A segurança jurídica numa perspectiva geral.....	56
3.2. A segurança jurídica no Poder Judiciário.....	63
3.3. <i>O prospective overruling</i> e a segurança jurídica.....	67
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

INTRODUÇÃO

Durante a segunda metade do século XX, a Europa se reerguia, após enfrentar a Segunda Guerra Mundial. Em especial, a Alemanha e a Itália vivenciavam um momento de reestabelecimento da ordem democrática, com a queda do nazismo e do fascismo. Nesse contexto e como consequência dessas mudanças, surgiu uma nova perspectiva do constitucionalismo, que tem como marco filosófico o pós-positivismo: o neoconstitucionalismo.

Esse novo paradigma, segundo a professora Ana Paula de Barcellos, parte de três ideias centrais¹. A primeira delas é a de que o texto constitucional possui caráter normativo e, portanto, é imperativo. Já a segunda se relaciona com a ideia kelseniana de que a Constituição é a norma positiva mais elevada de um determinado ordenamento jurídico². Por fim, a terceira determina a centralidade da Constituição, o que resulta de que todos os demais ramos do Direito serão guiados e interpretados tendo-a como substrato. O que o paradigma neoconstitucional propõe, em suma, é a concretização dos valores e das prestações previstos na Constituição, que passa a ser vista como um valor em si.

A esse respeito, sobre as importantes mudanças trazidas por essa nova corrente, atente-se para a ideia de força normativa e efetividade da Constituição. Na lição do professor Luís Roberto Barroso, foram três as mudanças necessárias para pô-la em prática:

No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista *científico* ou *dogmático*, reconheceu ao direito constitucional um objetivo próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma³. (destaques no original)

¹ BARCELLOS, 2007, p. 02

² Hans Kelsen criou a chamada teoria da pirâmide jurídica. Para o autor, uma determinada norma sempre retira o seu fundamento de validade da norma hierarquicamente superior, que, por sua vez, também retirará o seu fundamento de outra mais elevada e assim sucessivamente, até que se alcance a hipotética norma fundamental. Dessarte, conferiu à Constituição o caráter de norma positiva mais elevada, assinalando que esta é o “fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual” (KELSEN, 1999, p. 155)

³ BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro*, p. 29

Segundo essa perspectiva, a Constituição é vista como uma unidade, tendo todo o seu conteúdo força normativa. Daí que vem a ideia de efetividade. A Constituição tem, por si só, plena efetividade, não havendo necessidade que sobrevenha uma norma inferior para lhe dar eficácia. Sendo assim, tanto as regras como os princípios são normas constitucionais e, portanto, igualmente imperativos:

É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* no caso concreto⁴. (destaques no original)

Dessa forma, como as regras não são capazes de abranger todas as situações, quantitativa e qualitativamente, os princípios exercem o papel fundamental de não deixar os cidadãos desamparados no caso concreto, promovendo a justiça. Dessa ideia sobrevém o chamado ativismo judicial.

Notadamente, com o fim da ditadura militar e a promulgação da Constituição de 1988, o neoconstitucionalismo ganhou força no Brasil. Tido por muitos como uma verdadeira ferramenta de implantação de um Estado Democrático Social de Direito⁵, tornou-se uma das perspectivas mais aceitas entre os constitucionalistas na atualidade.

Cumprе salientar, entretanto, o que dizem as correntes doutrinárias contrárias a esse novo paradigma⁶. Dentre os principais argumentos, destaca-se o temor acerca de uma insegurança jurídica geral, causada por um ativismo judicial desmedido. Defende-se que essa forma de interpretação neoconstitucional estaria, em verdade, incentivando o

⁴ BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro*, p.149

⁵ Nesse sentido, cf. AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁶ Para uma análise mais aprofundada, v. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 332 p. Diz o autor, em seu texto que “o modo como o Neoconstitucionalismo utiliza a interpretação constitucional viola o elemento da sistematicidade do Estado de Direito em quase todos os aspectos delineados, a começar pela visão instrumental dada à jurisdição constitucional: enquanto no Estado de Direito a mudança não é vista como algo trivial pelos atores jurídicos, o Neoconstitucionalismo baseia-se primariamente na ideia de emancipação social pelo Direito. Como consequência dessa atitude, passa-se a enxergar as normas constitucionais não como limites à atuação jurisdicional, mas como um convite à interpretação inovadora que possa redefinir os próprios contornos dos compromissos constitucionais. Os autores neoconstitucionais, portanto, não se preocupam com a dignidade do Estado de Direito ou da legislação, partindo do pressuposto de que a autorização legal para exercer o

Judiciário a promover mudanças na ordem jurídica, sob o manto de uma “justiça social”, passando ao largo da legalidade. Ao fim, haveria uma verdadeira usurpação das funções legislativas, pondo-se em risco o próprio Estado de Direito.

Dado o respeito devido e merecido aos autores que assim o pensam, o presente estudo adotará o paradigma neoconstitucional como pressuposto teórico. Assim, perfilhar-se-á o entendimento de que os princípios e valores constitucionais, enquanto verdadeiras normas, possuem ampla efetividade no nosso ordenamento jurídico.

Feita essa breve nota introdutória, passa-se propriamente ao objeto central a que se propõe o presente trabalho: o princípio da segurança jurídica.

Considerado um dos mais célebres princípios no ordenamento constitucional pátrio, a segurança jurídica é tida como uma das bases de um Estado Democrático de Direito e é idealizada como verdadeiro alicerce da Justiça. Na Constituição brasileira de 1988, foi inserida no rol de direitos e garantias individuais, podendo ser vislumbrada no caput do art. 5º⁷ e sendo suas garantias explicitadas no inciso XXXVI⁸, do mesmo artigo.

Entretanto, observa-se que, embora a segurança jurídica seja um direito fundamental, as garantias constitucionalmente previstas (proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada) são insuficientes para abarcar as inúmeras situações do dia-a-dia que não podem ser enquadradas nesses institutos, permanecendo desamparadas do ponto de vista formal:

É bem verdade que, em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma ideia menos precisa e, por

controle de constitucionalidade permite que, mencionado o texto constitucional, afaste-se qualquer lei ou ato administrativo, sem maiores constrangimentos” (GALVÃO, 2014, p. 190)

⁷ Diz o art. 5º, caput, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Entende-se que, dentro da ideia de segurança, inclui-se o princípio da segurança jurídica.

⁸ *Ipsis litteris*: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Sobre esse assunto, leciona o professor Gilmar Mendes que “o direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que as normas construídas *a posteriori* possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico”. E segue: “nos termos do art. 6º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 'consideram-se direitos adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, o condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem'. O ato jurídico perfeito seria, por sua vez, o 'já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou' (LINDB, art. 6º, §1º). E a coisa julgada ou caso julgado 'a decisão judicial de que já não caiba recurso' (LINDB, art. 6º, §3º)” (MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 403-7).

isso mesmo, mais abrangente, que é o princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito⁹.

Exemplos dessa insuficiência são os casos de revisões no ordenamento jurídico, como as mudanças legislativas e as alterações de entendimento no âmbito dos Tribunais Superiores. Por essa razão, tem-se desenvolvido, tanto na esfera legislativa como na judicial, técnicas e mecanismos destinados a minimizar essas mudanças repentinas, que possam prejudicar a previsibilidade e a confiabilidade no sistema jurídico.

No âmbito legislativo, pode-se citar, a título ilustrativo, as mudanças ocorridas no regime de aposentadoria dos servidores públicos, desde a promulgação da CF. Por meio das Emendas Constitucionais n°s 20/1998, 41/2003 e 47/2005, foram alteradas as regras para concessão da aposentadoria. Quem já havia ingressado no serviço público, mas ainda não havia preenchido os requisitos para aposentar-se, à época da edição das ECs, não possuía direito adquirido, mas mera expectativa de direito. Desamparado, portanto, pelo art. 5º, XXXVI, da CF.

Ocorre, entretanto, que não podia essa alteração afetar os servidores públicos de maneira abrupta. Por essa razão, foram previstas regras de transição¹⁰, que minimizariam as mudanças para quem já se encontrava no Regime Próprio da Previdência Social.

Como leciona o professor Gilmar Mendes, regras de transição são imprescindíveis para assegurar a segurança jurídica, num Estado de Direito. Caso ausentes, em situações de mudança abrupta, podem gerar uma inconstitucionalidade por omissão legislativa, por vulnerar as situações jurídicas já consolidadas¹¹.

⁹ *Ibidem*, p. 435

¹⁰ O texto original do art. 40 da Constituição Federal previa a aposentadoria voluntária integral quando atingidos 35 anos de tempo de serviço, para os homens, e 30 anos, para as mulheres. Sobreveio a EC n° 20, que criou um novo requisito: idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher. Entretanto, o art. 8º desta Emenda previu uma regra de transição para aqueles já ingressos no serviço público, qual seja, a idade mínima de 53 anos de idade, se homem, e 48, se mulher. Além disso, criou o chamado “pedágio” (a ser somado ao tempo de contribuição), que consistia em 20% do tempo que faltaria, àquela data, para atingir o tempo mínimo de contribuição. Já a EC n° 41, por sua vez, acabou com a possibilidade de integralidade e paridade dos proventos em relação aos vencimentos dos servidores efetivos. A regra de transição, contida no art. 6º, previu que aqueles já ingressos no serviço público, na data de promulgação desta Emenda, que completassem os todos as condições (principalmente a idade mínima criada pela EC n° 20), ainda teriam direito a proventos integrais e paritários. Por fim, a EC n° 47, integrando a EC n° 41, criou uma nova regra de transição, possibilitando que, a cada ano excedente de contribuição, fosse reduzido um ano da idade mínima.

¹¹ MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p.435. *In verbis*: “A ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí por que se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave. Assim, ainda que se não possa invocar a ideia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações

Por essa mesma razão, também precisaram ser criados mecanismos de proteção à segurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário. Dentre eles, destaca-se o instituto da modulação de efeitos temporais, ao qual se dedicarão os presentes estudos. De modo superficial, pode-se dizer que a modulação de efeitos, positivada no art. 27 da Lei 9.868/99, é a restrição dos efeitos de uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, podendo o Tribunal decidir a partir do momento no qual sua decisão surtirá efeitos no mundo jurídico.

A função teleológica desse dispositivo, além de salvaguardar o excepcional interesse social, é assegurar a segurança jurídica. Ora, se as leis e atos do poder público possuem a presunção de constitucionalidade, lógico é que os cidadãos guiarão seus comportamentos com base neles. Há situações, portanto, em que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei (que, por regra, tem efeitos *ex tunc*) acarretará enorme prejuízo aos jurisdicionados, uma vez que esta já havia surtido efeitos concretos no mundo jurídico. Dessa forma, cabe ao Tribunal ponderar se a modulação de efeitos, naquele caso específico, atenderá ou não à sua função.

Dentre os julgamentos mais notórios do STF em matéria de segurança jurídica, cumpre destacar o Recurso Extraordinário nº 197.917/SP¹², de relatoria do Ministro Maurício Corrêa. Neste caso, foi declarada a inconstitucionalidade de um dispositivo da Lei Orgânica do município de Mira Estrela, que estabelecia o número de vereadores da Câmara Municipal, haja vista que desproporcional ao número de habitantes¹³. Ocorre, entretanto, que a declaração de efeitos *ex tunc*, no caso vertente, acarretaria um dano ainda

estatutárias ou que se não possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer *tabula rasa* das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo”

¹² “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. [...] 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (RE 197917, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004) “

¹³ Cf. Art. 29, IV, da Constituição Federal

maior ao município do que a própria lei declarada inconstitucional. Isso porque a declaração de nulidade retroativa acabaria por desembocar numa inconstitucionalidade de todo o sistema legislativo municipal, que fora votado e promulgado por quem não poderia tê-lo feito. Assim, o Pretório Excelso, vislumbrando o excepcional interesse social e a fim de assegurar a segurança jurídica no caso concreto, decidiu por bem modular os efeitos da decisão, aplicando-a tão somente às futuras composições da Câmara Municipal.

Entretanto, cumpre notar que, assim como no caso supramencionado, costuma-se falar de modulação de efeitos tão somente nos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, haja vista ser esta a única hipótese positivada em nosso ordenamento jurídico. Ocorre que, na prática, esse dispositivo se torna insuficiente para abarcar todas as hipóteses de vulneração da segurança jurídica por ato do Poder Judiciário.

A doutrina vem chamando a atenção para o denominado *overruling*. Em síntese, é a revisão de um precedente (entendido aqui como a própria jurisprudência) de um Tribunal Superior. Para o fenômeno da modulação de efeitos, nesses casos, denomina-se *prospective overruling*. Cumpre notar que toda essa teoria calca-se na ideia de que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”¹⁴, reconhecendo-se o poder normativo das Cortes Superiores¹⁵.

No direito brasileiro, em diversas ocasiões e de forma flutuante, o STF já vem aceitando a modulação para esses casos em que há uma sensível alteração na jurisprudência¹⁶. Entretanto, como dito, ainda é flutuante a jurisprudência do Pretório Excelso sobre esse tema, cumprindo notar o emblemático caso da alíquota zero do IPI¹⁷.

¹⁴ Frase sintetizadora do pensamento de Peter Häberle (HÄBERLE, 1997, p. 9).

¹⁵ Cf., a propósito, KELSEN (1999, pp. 174-178). Diz o autor: “Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar” (KELSEN, 1999, p. 174-175)

¹⁶ Cf. RE 630.733, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 20/11/2013; RE 637485, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 21/05/2013; dentre outros.

¹⁷ STF, RE 353.657, Relator Min. Marco Aurélio, DJe 07/03/2008. O caso discute se as operações sujeitas à alíquota zero poderiam ou não gerar o direito ao contribuinte de creditar-se. Em dezembro de 2002, o STF entendeu, por 9 votos a 1, que isso seria possível. A partir dessa decisão, inúmeros Recursos Extraordinários interpostos pela União não foram conhecidos monocraticamente, passando esse entendimento a ser aplicado também no STJ e nos TRFs. Entretanto, um ano após aquele julgamento, o Ministro Maurício Corrêa

Neste caso, foi negada modulação dos efeitos temporais, sob a justificativa de que esta seria a melhor solução a fim de se conferir máxima eficácia à Constituição e atender aos ditames da segurança jurídica.

De qualquer modo, não obstante o próprio STF venha admitindo essa possibilidade em alguns casos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem refutado deliberadamente todos os pedidos nesse sentido, ao argumento de que a modulação dos efeitos só pode ser realizada pelo STF exclusivamente em controle de constitucionalidade, tendo em vista o dispositivo da Lei 9.868/99.

Veja-se o seguinte caso, julgado pela Primeira Seção do STJ¹⁸. Trata-se do julgamento dos embargos de divergência no tocante à vigência do benefício do crédito-prêmio dos Impostos sobre Produtos Industrializados – IPI. Em breve síntese, o crédito-prêmio do IPI é um benefício tributário concedido a determinados exportadores, o qual permitia a compensação interna de tributos, como modo de estímulo à exportação¹⁹.

De todo modo, em 1979, foram publicados dois decretos²⁰, que previam a lenta e gradual extinção desse benefício, prevendo o seu fim para 30 de junho de 1983. Ocorre que, naquele mesmo ano, sobreveio um novo decreto²¹, que concedeu autorização ao Ministro da Fazenda para, dentre outros poderes, extinguir o referido benefício. Além disso, em 1981, surgiu outro decreto²², concedendo novas delegações ao Ministro da Fazenda, a exemplo do poder de estender o benefício e concedê-lo em outras situações que não previstas originalmente. Por fim, em 1988, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu que, após dois anos da promulgação da Constituição, estariam revogados todos os incentivos fiscais de natureza setorial não confirmados por lei.

reconsiderou a sua posição. Por essa razão, a matéria foi submetida novamente ao Plenário, que, após quase quatro anos, por 6 votos a 5, inverteu seu entendimento, decidindo que não seria possível o creditamento nos casos de alíquota zero. Na oportunidade, o Min. Ricardo Lewandowski suscitou questão de ordem, sugerindo que fossem conferidos efeitos prospectivos ao julgamento. Entretanto, restou vencido. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “suscito a inviabilidade de examinar-se, por não haver as premissas do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, a questão de ordem alusiva à aplicação analógica, a menos que este Tribunal esteja disposto a adentrar o campo do poder normativo [...] ante os parâmetros do julgamento ocorrido, ante a circunstância de não haver a Corte declarado a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não surge campo para cogitar-se da fixação de efeitos do julgamento já verificado a partir do trânsito em julgado que lhe dará qualidade ou de outro momento que venha cogitar”.

¹⁸ Embargos de Divergência no REsp nº 738.689/PR, Rel. Min. Teori Zavasck, DJe 22/10/2007.

¹⁹ Benefício instituído pelo Decreto-lei nº 491/69.

²⁰ Decretos-lei nº 1.658/79 e nº 1.722/79.

²¹ Decreto-lei 1.724/79

²² Decreto-lei nº 1.894/81

Diante desse imbróglio legislativo, muitos entenderam que o benefício fora extinto, levando grandes empresas a ajuizarem ações com o fim de ter os tributos ressarcidos. Diante desse cenário, por aproximadamente 15 (quinze) anos, o STJ consolidou a jurisprudência de que o crédito-prêmio não fora revogado, devendo ser concedido aos beneficiários. Não se adentrará aqui no mérito desse entendimento, bastando, para os fins do presente trabalho, demonstrar a estabilização dos precedentes nesse âmbito²³.

Apesar da ampla jurisprudência, a 2ª Turma do STJ, em acórdão que ensejou a oposição dos embargos de divergência, decidiu que o crédito-prêmio fora extinto em 1983, conforme a interpretação dos dois primeiros decretos supramencionados.

Após longos debates no âmbito da Primeira Seção, a maioria votou no sentido de que o benefício fora extinto em 1990, tendo em vista a disposição do art. 41, §1º, da ADCT. Evidente, portanto, a virada jurisprudencial ocorrida.

Preocupado com a segurança jurídica dessa espécie de decisão, o Ministro Herman Benjamin sugeriu, após longo e esclarecedor voto, que se procedesse à modulação de efeitos temporais. O argumento principal consistia na denominada “sombra de juridicidade”, assim explicada pelo eminente Ministro:

“Sombra de juridicidade” indica que uma situação de juridicidade anterior, originada na lei, projeta-se no ordenamento, como eco capaz de produzir efeitos jurídicos válidos, não obstante a revogação do texto legal que lhe deu causa. Com isso, os fatos jurídicos - neste caso, o benefício fiscal - passam a retirar seu sustento normativo já não mais *diretamente* de um ato do legislador da lei revogada, mas de outra(s) das fontes do Direito, admitidas pelo sistema. (destaques no original)

A proposta trazida pelo Ministro Herman Benjamin restringia os efeitos do novo entendimento apenas àqueles que não haviam judicializado a questão. Dessa forma, se houvesse uma ação em curso nessa matéria, dever-se-ia aplicar o entendimento anterior, concedendo o direito ao crédito-prêmio.

²³ Nesse sentido: Ag 250.914/DF, Min. José Delgado, 1ª T., DJ de 15.05.2000; REsp 329.271/RS, Min. José Delgado, DJ de 08.10.2001; REsp. 331.141/SC, Min. Luiz Fux, DJ de 06.03.2002; Ag 398.267/DF, Min. Francisco Falcão, DJ de 21.10.2002; Ag 472.816/DF, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 16.12.2002; REsp 440.306/RS, Min. Luiz Fux, DJ de 24.02.2003; REsp 529.323/RS, Min. Luiz Fux, DJ 17.11.2003; REsp 449.471/RS, Min. João Otávio de Noronha, DJ 16.02.2004; REsp 295.054/SC, Min. Franciulli Netto, DJ 29.03.2004; EREsp 396.836/RS, Min. Teori Zavascki, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJ 05.06.2006.

Entretanto, seu voto restou vencido. A tese vencedora, liderada pelo Ministro Relator Teori Zavascki²⁴, trouxe dois argumentos principais. O primeiro deles é o de que não há como aplicar efeitos gerais e abstratos quando se trata de um caso concreto e, portanto, subjetivo. O segundo, e mais importante, o de que a lei 9.868/99 só prevê a modulação de efeitos para os casos de declaração de inconstitucionalidade. Assim, não poderia o Poder Judiciário usurpar a competência do Poder Legislativo, aplicando instituto não previsto em lei, sob pena de criar uma insegurança jurídica irremediável.

Note-se: a segurança jurídica é o argumento utilizado pelos dois lados da controvérsia! Ora, essa é uma das grandes problemáticas causadas pela aplicação dos princípios, especialmente os constitucionais. Isso porque, se eles não possuem carga semântica autoevidente, ou seja, se eles são esvaziados de conteúdo *a priori*, fica a cargo do jurista matizar a sua significação concreta, quando da sua aplicação, podendo gerar os mais diversos e inesperados resultados.

De qualquer modo, e apesar de ter sido decidida dentro de uma Seção do STJ, essa discussão acabou sendo encerrada no âmbito deste Tribunal. Em que pese vários processos posteriores já tenham tentado retomar o tema, os Ministros se limitam a juntar esse precedente de quase 8 (oito) anos, sem maiores delongas.

Ocorre, entretanto, que a discussão ressurgiu em 2010, ao menos no âmbito legislativo, com a edição do projeto do Novo Código de Processo Civil. A despeito do que vinha se afirmando nos Tribunais, a tendência que tem prevalecido é a de que será possível a modulação de efeitos nos casos de mudança da jurisprudência consolidada. *In verbis*:

²⁴ O voto do Ministro Teori Zavascki foi, na ocasião, acompanhado pelo Ministro Luiz Fux. Entretanto, cumpre notar que este, em julgamento posterior (RE 630733 de relatoria do Min. Gilmar Mendes) proferiu o seguinte voto, em que reconheceu a possibilidade de modulação da jurisprudência: “Por outro lado, Senhor Presidente, como nós estamos no campo da repercussão geral, o Ministro Gilmar Mendes, sob o pálio da segurança jurídica, na verdade, retrata algo que eu aqui já me referi e que está contido na Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, que é exatamente a modulação da jurisprudência, porque hoje já não se pode afirmar que a jurisprudência não tem uma força de fonte do Direito. Qualquer operador do Direito, hoje, inaugura seus trabalhos, abrindo a rede mundial de computadores, então, baseia-se efetivamente na jurisprudência. E, quando há essa virada da jurisprudência, como se costuma afirmar, até a Professora Teresa Alvim inclui isso na Exposição de Motivos, o jurisdicionado não pode ser tratado como um cão que só sabe o que é proibido ou não quando o taco de beisebol lhe toca o focinho, ou seja, ninguém atua na sua própria vida sem previsibilidade. Então, a parte atua de acordo com a jurisprudência que vinha sendo consagrada, logo, a modificação da jurisprudência abrupta e decenária, ela não pode ter uma eficácia *ex tunc*, ela, efetivamente, tem que ser modulada. Como se trata, exatamente, na essência, do prestígio ao princípio constitucional da segurança jurídica, eu acompanho integralmente o eminente Ministro Gilmar Mendes negando provimento ao recurso, mas, com a modulação que Sua Excelência emprestou ao seu aresto.”

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

(...)

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

Aproveitando esse ensejo, o presente trabalho se propõe a analisar o instituto da modulação de efeitos como consecução do princípio da segurança jurídica, independentemente da existência ou não de legislação sobre o assunto e ainda que em processos subjetivos, quando não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Isso porque, como já visto, os princípios constitucionais são normas imperativas, de modo que não pode uma omissão do legislador ordinário ser capaz de inibir a sua ampla efetividade.

Estes estudos partirão de uma premissa fundamental: a de que decisões emanadas em processos de índole subjetiva, quando formam uma jurisprudência uniforme, são capazes de estender seus alcances para muito além das partes envolvidas. Não se trata aqui propriamente da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. O que se quer demonstrar é que a pura e simples interpretação de disposições legais, por meio do Poder Judiciário, é suficientemente capaz de gerar uma verdadeira e legítima expectativa na sociedade. Em outras palavras, o que ocorre, na prática, é que Poder Judiciário cria enunciados sobre as normas vigentes. A esse respeito, ensina Hans Larens:

Caracterizámos a Jurisprudência como a ciência sobre o Direito que dele se ocupa antes de tudo sob o seu aspecto normativo e, assim, que se ocupa do <sentido> das normas. Trata-se nela da validade normativa e do conteúdo de sentido das normas do Direito positivo, incluindo as máximas de decisão contidas nas sentenças judiciais. Se a Jurisprudência se compreende a si própria como <ciência normativa>, tal não pretende significar que ela dê normas, que ponha em vigor normas jurídicas. Antes, que se compreende a si própria em princípio com um sistema de enunciados *sobre* o direito vigente. Certamente que haveremos de ver que os seus enunciados não deixam de ter influência sobre o conteúdo daquilo a que se referem, ou sejam das normas jurídicas²⁵. (*sic*) (destaques no original)

²⁵ LARENS (1997, p.270)

Observe-se o caso do crédito-prêmio do IPI. Esse benefício, criado pelo Decreto-lei nº 491/69, teve por objetivo estimular a exportação, inicialmente de produtos manufaturados. Assim, todos os exportadores que cumprissem os requisitos teriam direito à compensação de tributos. Apesar da problemática relacionada à extinção ou não do referido incentivo, há 15 (quinze) anos o STJ vinha se pronunciando no sentido da sua vigência.

Sendo assim, não haveria motivos para as exportadoras duvidarem da aplicação do incentivo às transações. Caberia, portanto, aos empresários sopesar se a exportação seria benéfica para o seu negócio, levando em consideração à compensação interna de tributos, como estímulo legal. Gerou-se, assim, uma legítima expectativa, principalmente financeira, por parte daqueles que decidiram pela exportação. Não obstante, o acórdão prolatado inverteu a jurisprudência consolidada, alterando, assim, um enunciado sobre a norma jurídica.

Deve-se ponderar se atende aos ditames da Justiça a aplicação retroativa dessa norma criada. Leciona Humberto Ávila:

[...] também a jurisdição tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: de cognoscibilidade, em virtude da falta de fundamentação adequada das decisões ou, mesmo, da existência de divergências entre decisões, órgãos ou tribunais; *de confiabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição dos seus direitos fundamentais; e de confiabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico*²⁶.(destaques aditados)

De todo modo, o presente trabalho visa demonstrar que, diante desse panorama, justo seria a modulação dos efeitos. Para isso, dividir-se-á o estudo em três capítulos.

O primeiro se destinará a estudar propriamente o instituto da modulação de efeitos, desde sua origem, analisando a sua função teleológica e elencando os requisitos essenciais para a sua aplicação. Demonstrar-se-á que a função primordial que levou à sua criação, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, não difere do que se busca no âmbito dos processos subjetivos.

²⁶ ÁVILA, H. (2011, p. 160)

Já o segundo capítulo, por sua vez, propõe-se a estudar o atual papel normativo das Cortes Superiores. Partir-se-á de um estudo teórico, analisando a jurisprudência como fonte do direito no Civil Law. Em seguida, analisar-se-á o modo como os precedentes se comportam, de fato, no sistema jurídico, com o intuito de demonstrar que há efetivamente a criação de enunciados pelos Tribunais.

Em seguida, o terceiro e último capítulo tratará do princípio da segurança jurídica, dirimindo os seus principais aspectos e perspectivas. Espera-se, nesse diapasão, conglobar todas as ideias estudadas, a fim de promover a reflexão sobre se a modulação de efeitos se mostra ou não imperativa nos casos de alteração da jurisprudência amplamente consolidada.

Feitas essas considerações, passa-se, doravante, aos estudos objetivados.

CAPÍTULO 1

A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Considerações preliminares

Tendo como base o direito americano, o sistema jurídico brasileiro adotou a premissa de que “*the unconstitutional statute is not law at all*”²⁷, no sentido de que uma lei inconstitucional é nula de pleno direito. Perfila-se, assim, o princípio da nulidade como regra, como ensina o professor Luís Roberto Barroso:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato²⁸.

Dessarte, no modelo brasileiro, a decisão de inconstitucionalidade proferida pela Corte Suprema terá, como regra, eficácia retroativa (efeitos *ex tunc*), atingindo todos os atos derivados daquela norma, desde o seu nascimento. Com efeito, almeja-se reestabelecer o *status quo ante*, como se a norma em questão nunca houvesse existido no ordenamento jurídico.

Note-se, porém, que pronúncia de nulidade não é sempre a solução mais recomendável no caso concreto. Cite-se, a título ilustrativo, dois importantes casos julgados pelo STF. O primeiro é o RE nº 197.917/SP²⁹, de relatoria do Ministro Maurício

²⁷ MENDES, *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*, p. 606

²⁸ BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 38

²⁹ “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

Corrêa. No caso vertente, questionava-se dispositivo da Lei Orgânica de Mira Estrela, que previa o número de 11 (onze) vereadores a serem eleitos para a Câmara Municipal. Apreciando o mérito da questão, entendeu o STF que tal quantitativo era desproporcional para aquele município, bem como violava o art. 29, IV, da Constituição. Por essa razão, foi declarada a sua inconstitucionalidade, levando a Corte Suprema a ponderar sobre os efeitos da sua decisão.

O que se concluiu, no caso vertente, é que a declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* importaria na invalidação de todo o sistema legislativo municipal, uma vez que todas as leis haveriam sido promulgadas por composição cameral nula. Como consequência, todos os atos delas decorrentes também seriam nulos, gerando um efeito cascata. Destarte, o STF entendeu por bem modular os efeitos, passando a sua decisão a ter eficácia tão somente a partir das eleições seguintes (efeito *pro futuro*), salvaguardando o excepcional interesse social e a segurança jurídica.

O segundo caso que merece destaque é a ADI nº 2240/BA³⁰, de relatoria do Ministro

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. [...] 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido” (RE 197.917, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004)

³⁰ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. [...] 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição

Eros Grau. Essa ação direta questionava a validade de lei estadual³¹ que criou o município de Luís Eduardo Magalhães. Indagava-se se um município poderia ser criado enquanto ausente a lei regulamentadora prevista no art. 18, §4º da Constituição³². O STF, então, ao analisar o mérito da controvérsia, perfilhou o entendimento de que não é possível a criação de municípios, ante a ausência de procedimento previsto em lei complementar, de modo que a lei estadual da Bahia seria inconstitucional.

Diante desse cenário, novamente a Corte Suprema se deparou com a necessidade de ponderar os possíveis efeitos da sua decisão. No caso vertente, a atribuição de efeitos *ex tunc* importaria na nulidade de um município existente há quase 7 (sete) anos, quando do julgamento da ADI, e de todos os atos daí derivados. Por essa razão, em nome do princípio da segurança jurídica, o STF optou por declarar a inconstitucionalidade da lei sem, porém, declarar a sua nulidade pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Esse prazo seria um tempo razoável para que se regularizasse a situação legislativa. Além disso, em consonância ao julgamento do Mandado de Injunção 725, reafirmou-se o prazo de 18 (dezoito) meses para o Congresso Nacional editar a referida lei complementar³³.

O que se observa, dos dois casos citados, é que a pronúncia de nulidade da lei com efeitos *ex tunc* acabaria por tornar a situação mais gravosa do que a própria aplicação da lei declarada inconstitucional. Nesse sentido, o ilustre constitucionalista português Rui Medeiros aduz:

[...] ao menos em teoria, subsistem três modos possíveis de encarar o problema dos efeitos nefastos da inconstitucionalidade: não aplicar a norma constitucional, por *salus publica suprema lex*; aplicar a norma constitucional, na lógica *fiat iustitia, pereat*

do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia” (ADI 2240, Relator Min. Eros Grau, DJe 03/08/2007)

³¹ Lei nº 7619/00 do Estado da Bahia.

³² Diz o art. 18, §4º, da CF: “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”. Ocorre, entretanto, que a mencionada lei complementar nunca foi criada.

³³ Em 18 de dezembro de 2008, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 57, que convalidou os “atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação” (art. 1º da EC nº 57). Entretanto, até a presente data, não foi promulgada lei complementar federal sobre o tema. O Projeto de Lei Complementar 416/2008 foi, ao final de 2013, vetado pela Presidente da República Dilma Rouseff.

mundus; aplicar a norma constitucional e evitar as consequências indesejáveis que daí podem advir³⁴. (*sic*)

Explique-se: são três as possíveis formas de se tratar o fenômeno da inconstitucionalidade, em tese. A primeira delas preconiza o interesse social, em detrimento da supremacia da Constituição. Esta é uma opção, acima de tudo, política e discricionária, enquanto a segunda hipótese, por sua vez, possui a lógica contrária. Nesta, enaltece-se a Constituição, ainda que em prejuízo dos interesses sociais. Numa tradução livre, o brocardo em latim significa “faça-se justiça, ainda que pereça o mundo”, revelando o seu caráter eminentemente legalista e cego para as demandas sociais. Por fim, a terceira hipótese, situada entre as duas anteriores, é aquela amplamente aceita pelas Cortes Constitucionais ao redor do mundo. Nesta, há uma verdadeira conciliação dos interesses sociais com a Constituição, na medida em que há uma real preocupação com a constitucionalidade das normas, ao passo que também há a ponderação acerca dos possíveis efeitos e consequências da sua decisão.

Acerca da terceira hipótese, identificada pela modulação de efeitos temporais, faça-se uma análise mais detida.

1.2 Conceituação e hipóteses

A modulação de efeitos temporais é uma situação excepcional ao princípio da nulidade, aplicando-se às situações em que a nulidade da norma inconstitucional se torna mais gravosa que a sua própria vigência (v. *supra*)³⁵. Em breve síntese, cite-se o conceito apresentado Walber Agra:

A mencionada regra geral começou a sofrer exceções legais com a edição da Lei nº 9.868/99, que possibilitou ao Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, mediante quorum qualificado de 2/3 de seus componentes, e levando em conta razões de segurança jurídica

³⁴ MEDEIROS, 1999, p. 674

³⁵ Segundo o professor Gilmar Mendes, “o princípio da nulidade continua a ser regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio” (MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 1425)

ou de excepcional interesse social, modificar os efeitos *ex tunc*, tidos como regra geral, para *ex nunc* ou pro futuro ou restringir ainda os efeitos daquela declaração. Denomina-se de modulação de efeitos da decisão porque o STF pode determinar, modular, qual o efeito para se adequar às demandas de segurança jurídica do ordenamento³⁶ (*sic*) (destaques no original)

Acerca desse conceito, cumpre analisar cada uma de suas nuances.

Inicialmente, note-se que a função teleológica do instituto da modulação de efeitos é assegurar a segurança jurídica e o excepcional interesse social no caso concreto, conferindo ao Tribunal³⁷ a possibilidade de determinar o momento a partir do qual sua decisão terá eficácia.

Embora a segurança jurídica vá ser estudada em capítulo próprio do presente trabalho (Capítulo 3), é mister fazer uma sucinta explicação a seu respeito, a fim de melhor compreendermos a modulação de efeitos temporais. Assim, ensina Humberto Ávila:

a segurança jurídica é examinada primordialmente na qualidade de norma jurídica da espécie “princípio”, isto é, como prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade³⁸.

Por confiabilidade, entende-se que o Estado deve proteger as legítimas expectativas dos cidadãos e promover mudanças jurídicas de forma suave. Note-se que isto não significa a estagnação do Direito. Pelo contrário, este deve sempre acompanhar a sociedade, sofrer alterações e se renovar. O que o princípio da segurança jurídica veda é a ruptura do sistema, ou seja, mudanças súbitas nas situações jurídicas consolidadas. Para tanto, impõe-se o uso de regras de transição. Nesse sentido, aduz Gilmar Mendes que:

A ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí por que se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar

³⁶ AGRA, 2008, p. 149

³⁷ Em regra, diz-se dessa possibilidade apenas no âmbito do STF. Entretanto, a tese que aqui se propõe é a extensão dessa possibilidade a todos os Tribunais Superiores, como se verá ao longo deste trabalho.

³⁸ ÁVILA, H., 2011, p. 112

omissão legislativa inconstitucional grave. Assim, ainda que se não possa invocar a ideia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou que se não possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer *tabula rasa* das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo³⁹.

A calculabilidade, por sua vez, está amplamente relacionada com o princípio da legalidade. É, em verdade, a capacidade de que detêm os cidadãos de prever como o Estado irá atuar em cada caso. Significa, portanto, a possibilidade de saber, antecipadamente, quais serão as consequências ou os resultados jurídicos das suas condutas.

Por fim, a cognoscibilidade, na lição de Humberto Ávila, é a “capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los⁴⁰”.

Além da segurança jurídica, note-se que o conceito trazido por Walber Agra também menciona o excepcional interesse social. Este é, reconhecidamente, um conceito jurídico indeterminado, que cumpre o papel de evitar lacunas não protegidas pela segurança jurídica. Por essa razão, a doutrina e a jurisprudência caminharam no sentido de compreendê-lo de forma ampla, traduzindo-o como correspondente aos demais valores constitucionais relevantes⁴¹.

Assim, anote-se que cumpre ao Tribunal, no caso concreto, utilizar-se da técnica de ponderação de interesses⁴², buscando sopesar o princípio da nulidade, por um lado, e o princípio da segurança jurídica, do outro. Para tanto, anota Rui Medeiros a necessidade de se aplicar a proporcionalidade em sentido estrito:

A proporcionalidade, nesta terceira vertente, tanto pode ser perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, neste

³⁹ MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p.435

⁴⁰ *Ibidem*, p. 123

⁴¹ Anota Gilmar Mendes, na ADI 2240, acerca da Constituição Portuguesa: “Acentue-se que, ao contrário do imaginado por alguns autores, também o conceito indeterminado relativo ao interesse público de excepcional relevo não é um mero conceito de índole política. Em verdade, tal como anota Rui Medeiros, a referência ao interesse público de excepcional relevo não contrariou qualquer intenção restritiva, nem teve o propósito de substituir a *constitucionalidade estrita* por uma *constitucionalidade política* ou de colocar a razão de Estado em lugar da razão da lei. Essa opção nasceu da constatação de que 'a segurança jurídica e a equidade não esgotavam o universo dos valores últimos do direito que, em situações manifestamente excepcionais, podiam justificar uma limitação de efeitos'” (destaques no original).

⁴² Cf., a propósito, BARROSO, *O Controle de Constitucionalidade Brasileiro*, p. 199 *et seq.*.

segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as consequências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas. Impõe-se, para o efeito, a ponderação dos diferentes interesses em jogo e, concretamente, o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória⁴³. (sic)

Segue o autor:

Em suma, e ao contrário do que sucede noutras situações, em que o princípio da proporcionalidade surge como um limite a uma actividade essencialmente discricionária, a regra da proporcionalidade constitui, no caso do n.º 4 do artigo 282.º, o próprio critério de flexibilização dos efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. A margem de liberdade que a norma habilitante confere ao Tribunal Constitucional esgota-se, aqui, na possibilidade de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos casos em que os seus efeitos típicos envolvam um sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de outro interesse constitucionalmente protegido. Isto significa que o n.º 4 do artigo 282.º da Constituição tem unicamente a função de mediante o princípio da proporcionalidade, <quebrar a rigidez (...) da norma>; Por isso, neste domínio específico, o Tribunal Constitucional <não pode adoptar senão uma decisão, uma decisão proporcionada>⁴⁴. (sic)

Feitas essas considerações acerca da função teleológica da modulação de efeitos, cumpre notar como ela se manifesta no ordenamento jurídico brasileiro.

Hodiernamente, constata-se a existência de uma única hipótese positivada de limitação dos efeitos: o art. 27 da Lei 9.868/99⁴⁵, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. *Ipsis litteris*:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (destaques acrescentados)

⁴³ MEDEIROS, 1999, p. 703

⁴⁴ *Ibidem*, p. 736

⁴⁵ Relativamente ao art. 27 da Lei 9.868/99, existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade pendentes de julgamento no STF, a saber: ADI 2258 e ADI 2154, ambas de relatoria do Min. Dias Toffoli.

Isso significa que, por voto de oito dos onze ministros e presentes as razões supracitadas, poderá o STF, em sede de controle abstrato, determinar o momento a partir do qual sua decisão surtirá efeitos. Denomina-se esta hipótese de declaração de inconstitucionalidade limitativa ou restritiva.

Em que pese esta seja a situação mais comum na jurisprudência da Corte Suprema, a doutrina identificou, tendo por base o direito comparado e as próprias necessidades surgidas ao longo do tempo, outras duas hipóteses passíveis de se permitir a modulação de efeitos. São elas: (1) a modulação de efeitos em sede de controle difuso, visando conferir uma orientação segura aos Tribunais inferiores; e (2) quando há sensível alteração da jurisprudência, hipótese denominada *prospective overruling*. Cumpre ressaltar que, embora não se encontrem positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, o STF já teve a oportunidade de aplicá-las em diversas ocasiões.

A primeira hipótese será tratada em tópico próprio neste capítulo (item 1.3). Já a segunda hipótese, para a qual o presente trabalho se presta a estudar, será brevemente explanada no tópico 1.4, dando-se continuidade à sua análise nos demais capítulos.

1.3 Limitação dos efeitos em controle difuso

Em que pese a legislação pátria tenha positivado tão somente a hipótese de modulação em sede de controle abstrato, o STF já teve de enfrentar várias ocasiões⁴⁶ a possibilidade de procedê-la em sede de controle difuso.

Em notável precedente (RE 197.917/SP, caso da Lei Orgânica de Mira Estrela, já citado no tópico 1.1 deste capítulo), o Ministro Gilmar Mendes firmou a orientação que vem sido aceita desde então por aquela Corte Constitucional, no sentido de acatar a limitação dos efeitos no controle concreto. Vejamos os argumentos perfilhados.

Primeiramente, com o objetivo de demonstrar a compatibilidade do instituto da modulação de efeitos com o controle difuso, o Eminentíssimo Ministro faz um apanhado histórico do sistema americano de controle de constitucionalidade, utilizado como modelo pelo Brasil. Note-se que, embora o modelo de controle lá adotado seja eminentemente concreto ou difuso, admite-se a restrição da eficácia retroativa das decisões.

⁴⁶ Cf., a propósito, RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004 e RE 442.683/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 24.03.2006. Note-se, também, que essa possibilidade já foi utilizada inclusive em sede de repercussão geral, a exemplo do REs 586453 e 583050, relator para acórdão Min. Dias Toffoli, DJe

Lembre-se ainda que, nos Estados Unidos, vige a máxima de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito, sendo conferida, como regra, eficácia retroativa às decisões de inconstitucionalidade. Entretanto, na década de 60, a Suprema Corte americana deparou-se com a necessidade de limitar os efeitos de suas decisões, ainda que ausente previsão constitucional expressa.

O instituto da modulação de efeitos teve sua discussão iniciada no caso *Mapp v. Ohio*⁴⁷, momento no qual foi superado um precedente da Corte⁴⁸ e a partir do qual se passou a considerar inconstitucional a utilização de provas ilegais no curso da persecução penal, em razão da décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Diante dessa alteração, a Suprema Corte americana teve de ponderar o que viria a ocorrer caso fosse empregado o princípio da nulidade. A conclusão tomada inovou o sistema de controle de constitucionalidade americano: admitiu-se a limitação da eficácia retroativa.

Já nesse momento podemos vislumbrar uma centelha do que serviria de modelo para o art. 27 da Lei 9.868/99. Isso porque a fundamentação dada pelo *Justice Tom C. Clark*, no caso, já refletia a ideia de segurança jurídica e de excepcional interesse social. Os argumentos utilizados foram dois: (1) a adoção da eficácia retroativa ensejaria a impetração de inúmeros *habeas corpus*, sobrecarregando a administração da Justiça; e (2) frustraria a legítima confiança posta no precedente anterior pelos órgãos do Estado.

Feita essa observação acerca do sistema americano, o Ministro Gilmar Mendes conclui que não há incompatibilidade do sistema difuso com o instituto da modulação de efeitos, fazendo a seguinte consideração:

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um ou outro princípio de justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar,

06.06.2013 e 11.06.2013, respectivamente.

⁴⁷ Caso *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, do ano de 1961.

⁴⁸ Caso *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, do ano de 1949, que considerava válida a utilização de provas ilegais no curso da ação penal.

igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitativa⁴⁹.

Assim, entende o Ministro que, se há a utilização da modulação de efeitos em controle abstrato, também será imperativa sua adoção em sede de controle concreto. Isso porque o argumento constitucional (segurança jurídica ou excepcional interesse social) tem aplicação para o controle de constitucionalidade como um todo, não se justificando a sua restrição a apenas uma espécie.

Superada essa questão da compatibilidade, aduz o Ministro Gilmar Mendes acerca dos possíveis efeitos da limitação dos efeitos nesse âmbito. Dessarte, afirma que um precedente dessa espécie teria o condão de afetar o julgamento de todos outros os processos de idêntica matéria que estejam pendentes de julgamento, qualquer que seja a instância em que se encontrem, para atribuir a eles os efeitos *ex nunc* (leia-se: efeitos a partir do trânsito em julgado). O mesmo valeria para os processos que ainda não transitaram em julgado e fossem submetidos ao STF.

Por fim, note-se que outra questão a ser enfrentada é se a ausência de previsão legal seria ou não suficiente para impedir a sua aplicação. Nesse sentido, esclarecedor trecho do voto do Eminentíssimo Ministro:

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (CF., a propósito do direito português, Medeiros, A decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 716)⁵⁰

⁴⁹ Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes no RE 197.917/SP, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, p. 413

Assim, entende-se que o art. 27 da Lei 9.868/99 é meramente interpretativo, tendo como base a segurança jurídica e os demais valores constitucionais relevantes. Por essa razão, a própria Constituição autorizaria a aplicação da modulação de efeitos, ainda que fora da hipótese do artigo supramencionado.

Importante notar que, embora seja esse o entendimento prevalecente na atualidade, o próprio STF já prolatou várias decisões em sentido contrário, entendendo incabível a modulação de efeitos em sede de controle difuso. A esse mesmo respeito, aduz Ana Paula Ávila:

Parece precipitado interpretar o dispositivo no sentido de que a modulação dos efeitos somente seja possível no âmbito do controle por via de ação. O Supremo Tribunal Federal tem algumas decisões nessa direção que, no entanto, não são suficientemente esclarecedoras. Com efeito, firmou-se o entendimento de não ser possível a concessão de efeitos ex nunc no controle difuso nos seguintes precedentes:

RE nº 430;421AgR, relator Min. Cezar Peluso, DJ, de 4 de fevereiro de 2005; AI nº521.546 AgR/ED, relator Min. Sepúlveda Pertence, de 26 de abril de 2005 e AgR nº 478.398, relator Min. Eros Grau, de 22 de junho de 2005. São, no entanto, precedentes praticamente contemporâneos, que se citam uns aos outros como fundamento da decisão, mas, em qualquer deles, não consta a razão pela qual não se considera possível a aplicação do art. 27 no âmbito do controle difuso. Ou seja, embora nas ementas esteja afirmado que o art. 27 só tem aplicação no controle concentrado, no inteiro teor dos votos não se encontra qualquer passagem que justifique a afirmação. Isso se torna mais interessante se confrontando com a própria jurisprudência da Corte, anteriormente colacionada, que exemplificou a modulação dos efeitos pelo Supremo antes mesmo do advento da Lei nº 9.868 de 1999: todos aqueles casos apresentados perfazem hipótese de controle difuso de constitucionalidade⁵¹.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 437

⁵¹ Ávila, A., 2009, p. 59-60.

Cabe indagar, então, como se daria o procedimento para o controle difuso, haja vista que não há nenhuma previsão expressa a esse respeito.

Importante notar que, no controle abstrato, as ações são sempre julgadas no Plenário do STF. Por essa razão, o art. 27 da Lei 9.868/99 prevê que a modulação de efeitos poderá ocorrer por voto de dois terços dos *membros do STF*, isto é, por 8 dos 11 ministros daquela Corte. Outra situação, porém, é o caso do julgamento de ações que não são originárias do STF. Isso porque, em geral, os seus julgamentos ficam a cargo das Turmas, cada uma composta por 5 ministros, a exemplo da maioria dos Recursos Extraordinários.

Nesse caso, anota Ana Paula Ávila, que não há como deixar de aplicar o quórum legal, previsto pela Lei 9.868/99, de modo que a modulação de efeitos será sempre julgada pelo Pleno do STF⁵². Ora, não se pode olvidar que um dos principais objetivos da limitação de efeitos em controle concreto é conferir uma orientação segura os Tribunais inferiores. Assim, embora o precedente ocorra em controle difuso, os seus efeitos não são apenas *inter partes*, gerando repercussões gerais e abstratas. Por essa razão, não haveria como o procedimento, nesses casos, ser mais simplificado do que aquele em sede de controle abstrato; devendo-se, portanto, aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99 para todos os efeitos.

Isso posto, passe-se à análise da terceira e última hipótese de modulação de efeitos.

1.4 *Prospective overruling*

Nos sistemas de *Common Law*, onde a principal fonte do Direito é a Jurisprudência⁵³, nasceu a terceira hipótese de modulação de efeitos: o *prospective overruling*. O termo

⁵² *Ipsis litteris*: “Contudo, força reconhecer que, para dar cumprimento à lei e tornar possível a disposição de efeitos, segundo o art. 27, nas causas em controle difuso, não se pode abrir mão do quorum legal de dois terços dos membros da Corte, de modo que será sempre do Pleno do Supremo Tribunal Federal a competência para o exame dos efeitos nos termos daquele dispositivo. Aliás, não parece correto interpretar a possibilidade de disposição dos efeitos como somente aplicável ao controle abstrato de constitucionalidade, apenas porque está autorizada pela lei que justamente regulamenta o controle de constitucionalidade pela via de ação. Como será demonstrado mais adiante, o que efetivamente suscita a necessidade de superação da regra *ex tunc* são as normas constitucionais que tutelam a manutenção das situações geradas pela norma inconstitucional. Protegendo situações deduzidas em juízo tanto pelo controle concreto como pelo abstrato.” (ÁVILA, A., 2009, p. 60)

⁵³ A esse respeito, diz Miguel Reale: “(...) temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de seber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios” (REALE, 2002, p. 142). Ressalte-se, porém, que isso não significa a inexistência de leis

overruling designa a revisão de jurisprudência, isto é, a revogação de um precedente judicial em detrimento de outro mais recente. Já o termo *prospective*, por sua vez, indica a atribuição de efeitos prospectivos àquele julgado.

Embora o caso *Mapp v. Ohio*, tratado em tópico anterior, trate primordialmente da questão da inconstitucionalidade da utilização de provas ilegais, já se podia vislumbrar um prelúdio acerca do *prospective overruling*. Isso porque, dentre os argumentos utilizados pelo *Justice Clark*, expôs-se a questão da quebra da confiança depositada no precedente anterior.

Assim, em que pese não tenha sido, na oportunidade, discutida profundamente essa questão, é certo que ela ganhou posteriormente grande força nos sistemas de *Common Law*, como leciona o professor Gilmar Mendes:

Segundo a doutrina, a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a *superção prospectiva (prospective overruling)*, que tanto pode ser *limitada (limited prospectivity)*, aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como *ilimitada (pure prospectivity)*, que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem. (destaques no original)

No Brasil, entretanto, essa hipótese ainda não tem sido amplamente aceita. Embora o STF já tenha se pronunciado diversas vezes⁵⁴ no sentido de acatar essa possibilidade, ainda é flutuante a jurisprudência do Tribunal nesse sentido. Em emblemático caso⁵⁵, o STF rejeitou, por maioria, essa hipótese. Segundo o Min. Marco Aurélio, principal opositor da tese, admitir a modulação seria usurpar a função legislativa, ante a inexistência de previsão legal.

Cumpra ainda notar que, diferentemente das duas hipóteses anteriores, o *prospective overruling* não envolve apenas matéria constitucional. Isso porque o *overruling* é a mera

escritas nos países que adotam o sistema de Common Law. Nesse sentido, observa Ronaldo Poletti: “O chamado direito consuetudinário, convém ressaltar, não é fundado em costumes, nem totalmente não escrito, pois existem muitas leis no Reino Unido, enquanto no direito público a principal criação do sistema em tela foi a Constituição dos Estados Unidos da América, cuja característica consiste em ser escrita. (...) Na verdade, os sistemas se interpenetram e se influenciam. O importante, por agora, está em que nem um nem outro constituem esquemas puros” (POLETTI, *Introdução ao direito*, p. 228)

⁵⁴ Cf. RE 630733, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 20/11/2013; CC 7204, Relator Min. Ayres Britto, DJ 09/12/2005; RE 637485, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 21/05/2013; QO no Inq 687, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 09/11/2001; dentre outros.

⁵⁵ STF, RE 353.657, Relator Min. Marco Aurélio, DJe 07/03/2008.

alteração de um entendimento pretoriano, de modo que pode ocorrer também em relação às matérias infraconstitucionais. A título exemplificativo, cite-se a modulação de efeitos realizada pelo TST após a alteração da súmula 277, no ano de 2012⁵⁶. No caso, houve tão somente a alteração da jurisprudência do Tribunal acerca da aderência das normas coletivas aos contratos de trabalho, sem que se adentrasse em qualquer matéria constitucional.

Por essa razão, seria perfeitamente possível que os demais Tribunais Superiores também o aplicassem, nas suas respectivas competências. Entretanto, é notório que essa tese é amplamente rejeitada fora do STF, salvo raras exceções. A esse respeito, cumpre notar a jurisprudência do STJ, consolidada a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 738.689/PR, no ano de 2007. Em suma, esse Egrégio Tribunal sustenta dois principais argumentos⁵⁷. O primeiro deles é o mesmo que foi defendido pelo Min. Marco Aurélio no caso supracitado, no sentido de que não há previsão legislativa. Já o segundo, por sua vez, é o de que não há como aplicar efeitos gerais e abstratos quando se trata de um caso concreto e, portanto, subjetivo.

Apesar dessa jurisprudência contrária, o projeto do Novo Código de Processo Civil prevê, expressamente, a possibilidade de todos os Tribunais Superiores conferirem efeitos prospectivos aos seus julgamentos, quando houver alteração da jurisprudência

⁵⁶ “RECURSO DE REVISTA – FERROVIÁRIO - HORAS DE JANELA – CONDIÇÃO ESTABELECIDADA EM NORMA COLETIVA – SÚMULA Nº 277 DO TST – SOPESAMENTO – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. A evolução do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 277 do TST, quanto à aderência das normas coletivas aos contratos de trabalho, deve ser sopesada com o princípio da segurança jurídica, motivo pelo qual a alteração do entendimento deve ter seus efeitos aplicados às situações ocorridas a partir de sua publicação, e não retroativamente às situações já consolidadas sob o entendimento anterior. Dessa forma, uma vez que a pretensão tem origem em norma estabelecida no regulamento da empresa, Plano de Cargos e Salários, posteriormente suprimida, por meio de acordo coletivo, cuja cláusula foi posteriormente submetida à apreciação em dissídio coletivo, não se há de falar em alteração deste, restando intacto o art. 468 da CLT. Recurso de revista não conhecido” (RR 37500-76.2005.5.15.0004, Relator Min. Vieira de Mello Filho, 4ª Turma. DJe 07.12.2012)

⁵⁷ A propósito, leia-se os seguintes excertos do voto do Min. Teori Zavascki no julgamento do EREsp nº 738.689/PR: “Ademais, em juízo sobre caso concreto, não se comportam decisões de efeitos generalizantes, com eficácia expansiva para além dos limites objetivos e subjetivos da causa, como seriam os sugeridos na proposta apresentada. (...) Ademais, a modulação dos efeitos das decisões do STF, quando autorizadas, é apenas à que diz respeito a normas declaradas inconstitucionais e limita-se aos efeitos de natureza exclusivamente temporal. (...) Segundo se depreende do voto dado a público, embora sem revisão definitiva, do Ministro relator, entre as principais razões que impediram a modulação temporal foi justamente a de que tal iniciativa 'pressupõe sempre e sempre, pronunciamento no sentido da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo' (em que o Judiciário atua como legislador negativo). Fora tal caso, a modulação significaria 'atuação do Supremo como se fosse legislador e pudesse empreender, sem a atuação do Congresso Nacional, na ordem jurídica, dispositivo viabilizador da limitação da eficácia do julgado, pouco importando a existência pretérita de lei dispondo em certo sentido”

dominante⁵⁸.

De qualquer modo e ainda que não haja previsão legislativa a esse respeito, defende-se, no presente trabalho, a possibilidade de qualquer Tribunal Superior proceder à modulação de efeitos nessa hipótese, ante o princípio da segurança jurídica⁵⁹.

Como se analisará mais detidamente no próximo capítulo, embora o Direito brasileiro adote o sistema do *Civil Law*⁶⁰, não se pode olvidar a importância da jurisprudência como fonte do Direito. Como preleciona Peter Häberle, “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”⁶¹. Assim, pode-se dizer que Cortes Superiores têm, em certa medida, uma função normativa. A propósito, ensina Hans Kelsen:

Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer, a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais que se encontram vinculados pelo dito precedente. Neste caso, não pode impedir-se que diferentes tribunais generalizem por forma diferente a decisão que constitui o precedente, o que não concorre para o fim da instituição: alcançar uma jurisprudência uniforme.

Além disso, cumpre notar que a segurança jurídica, enquanto princípio constitucional, deve possuir máxima efetividade. Em outras palavras, não pode prosperar o argumento de

⁵⁸ *Ipsis litteris*: “art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: (...) V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

⁵⁹ Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux já se pronunciou, no RE 630.733 de relatoria do Min. Gilmar Mendes: “Por outro lado, Senhor Presidente, como nós estamos no campo da repercussão geral, o Ministro Gilmar Mendes, sob o pálio da segurança jurídica, na verdade, retrata algo que eu aqui já me referi e que está contido na Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, que é exatamente a modulação da jurisprudência, porque hoje já não se pode afirmar que a jurisprudência não tem uma força de fonte do Direito. (...) Então, a parte atua de acordo com a jurisprudência que vinha sendo consagrada, logo, a modificação da jurisprudência abrupta e decenária, ela não pode ter uma eficácia *ex tunc*, ela, efetivamente, tem que ser modulada. Como se trata, exatamente, na essência, do prestígio ao princípio constitucional da segurança jurídica, eu acompanho integralmente o eminente Ministro Gilmar Mendes negando provimento ao recurso, mas, com a modulação que Sua Excelência emprestou ao seu aresto”.

⁶⁰ A propósito, diz Miguel Reale: “(...) caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*” (REALE, 2002, p. 142).

⁶¹ HÄBERLE, 1997, p. 9. No texto original: “*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*”.

que não há previsão legislativa para o *prospective overruling*. Isso porque o seu objetivo principal reside na própria Constituição. Assim, o princípio constitucional da segurança jurídica já é, por si mesmo, imperativo, de modo que não cabe a uma lei infraconstitucional conferir-lhe ou não eficácia. A propósito, diz Luís Roberto Barroso:

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. (...) O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada⁶².

Com essas considerações, ressalte-se que as questões relativas ao poder normativo das Cortes Superiores e à segurança jurídica serão tratadas mais detidamente em capítulos próprios.

1.5 Formas de se proceder à modulação

Por derradeiro, a fim de finalizar essa perspectiva geral acerca da modulação de efeitos, cumpre examinar quais são as formas de decisão que pode o Tribunal proferir nesse âmbito.

A saber, quando o Tribunal procede à modulação, são três as espécies de efeitos que pode ele conferir: (1) efeito *ex nunc*; (2) efeito *pro futuro*; (3) inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

A primeira hipótese é a dos efeitos *ex nunc*, em que o Tribunal determina a eficácia da decisão somente a partir do seu trânsito em julgado. Dessa forma, os atos decorrentes da lei

⁶² BARROSO, *O novo direito constitucional brasileiro*, p. 194

anteriores ao trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade permanecem preservados.

Já a segunda hipótese, por sua vez, é a dos efeitos *pro futuro*. Nesse caso, o Tribunal irá determinar o momento a partir do qual a sua decisão passará a ter eficácia. Note-se, exemplificativamente, o caso do município de Mira Estrela, citado em tópicos anteriores, no qual o STF definiu que sua decisão somente se aplicaria a partir das eleições seguintes. A respeito dessa hipótese, aduz o professor Gilmar Mendes:

Nesse caso, a lei reconhecida como inconstitucional, tendo em vista fortes razões de segurança jurídica ou de interesse social, continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo pré-fixo. Considerando que o legislador não fixou limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio Tribunal essa definição⁶³.

A terceira e última espécie cuida da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Típicos exemplos de aplicação são os casos em que há vulneração do princípio da isonomia na concessão de benefícios. Note-se, a título ilustrativo, o caso do Benefício de Prestação Continuada (BPC)⁶⁴. Na oportunidade, o STF declarou inconstitucional o critério objetivo de renda mensal *per capita* inferior ¼ de salário mínimo para concessão do BPC. Entretanto, não foi declarada a nulidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, uma vez que esta importaria na revogação todos os benefícios já concedidos; representando, em verdade, um retrocesso social. Nesse caso, os princípios constitucionais

⁶³ MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 1426

⁶⁴ “Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. (...) O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (Rcl 4374, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 04/09/2013

seriam mais concretizados com a permanência da lei inconstitucional do que com a sua nulidade.

De qualquer modo, cumpre notar que, independentemente de qual espécie for adotada pelo Tribunal, o fundamento principal da modulação será sempre a própria Constituição, seja através do princípio da segurança jurídica ou por qualquer outro valor constitucional relevante.

CAPÍTULO 2

O PODER NORMATIVO DAS CORTES SUPERIORES

2.1 A jurisprudência como fonte do direito

O valor da jurisprudência enquanto fonte do direito⁶⁵ apresenta enormes diferenças conforme o tempo, a tradição e o lugar que se põe em análise, a exemplo das tradições romanística e anglo-americana. Enquanto num determinado local há proibição expressa acerca da sua utilização como parâmetro, noutra ela tem caráter vinculante perante todos.

De qualquer modo, antes de adentrarmos no estudo de suas diferentes manifestações em cada tradição, é primordial definir o que se entende por jurisprudência⁶⁶.

Para o autor Tércio Sampaio Ferraz Jr., a jurisprudência é uma espécie pertencente ao gênero “costume”. Portanto, para entender-se o conceito daquela, precisamos antes entender o conceito deste. Em termos gerais, entende-se costume como:

Uma forma típica de fonte do direito nos quadros da chamada *dominação tradicional* no sentido de Weber. Baseia-se, nesses termos, na crença e na tradição, sob a qual está o argumento de algo deve ser feito, e deve sê-lo porque sempre o foi. A autoridade do costume repousa, pois, nessa força conferida ao tempo e ao uso contínuo como reveladores de normas, as normas consuetudinárias⁶⁷. (destaques no original)

Costume está, portanto, relacionado à ideia de repetição de um determinado uso ao longo do tempo. Faz-se algo de uma forma porque sempre se fez. Assim, podemos dizer, inclusive, que o costume é uma espécie de tradição. Com efeito, embora não haja uma

⁶⁵ Diz Gilmar Mendes que “fontes do direito são os modos de criação ou de revelação das normas jurídicas” (MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 65)

⁶⁶ Importante notar a diferença entre jurisprudência e Jurisprudência. Quanto à primeira, será aduzido seu significado ao longo do tópico 1.1. Já quanto à segunda, cumpre notar o que ensina Miguel Reale: “A Ciência do Direito, durante muito tempo teve o nome de Jurisprudência, que era a designação dada pelos jurisconsultos romanos” (REALE, 2002, p. 62). Entretanto, como adverte o autor, tal conceito vem sendo utilizado num sentido mais restrito. A propósito, cumpre notar a conceituação dada por Hans Larenz : “Caracterizámos a Jurisprudência como a ciência sobre o Direito que dele se ocupa antes de tudo sob o seu aspecto normativo e, assim, que se ocupa do <sentido> das normas. Trata-se nela da validade normativa e do conteúdo de sentido das normas do Direito positivo, incluindo as máximas de decisão contidas nas sentenças judiciais. Se a Jurisprudência se compreende a si própria como <ciência normativa>, tal não pretende significar que ela mesma dê normas, que ponha em vigor normas jurídicas. Antes, que se compreende a si própria em princípio como um sistema de enunciados *sobre* o Direito vigente.” (sic) (LARENZ, 1991, p.270)

⁶⁷ FERRAZ JR., 2003, p. 241

norma imperativa que determine que algo deva ser desta ou daquela forma, o tempo e o uso consolidaram tal uso, que acabou por se transmudar numa norma consuetudinária.

Tendo essa ideia como alicerce, pode-se aduzir que jurisprudência é o costume relacionado a determinadas manifestações judiciais. É, em verdade, um conjunto harmônico de decisões repetidamente proferidas por um Tribunal sobre determinada matéria. A propósito, ensina Miguel Reale:

*Pela palavra 'jurisprudência' (stricto sensu) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais*⁶⁸ (destaques acrescentados).

Cumprir notar, a esse respeito, que o autor não utiliza a expressão “criação do direito”, mas sim “revelação do direito”. O papel da jurisprudência, em especial no *Civil Law*, como se verá mais adiante, não é o de usurpar a competência do Poder Legislativo, cuja atividade principal é emanar normas e criar o direito. Na verdade, o papel do Poder Judiciário se limitaria a interpretar o direito existente. Nesse sentido, famosa citação de Clóvis Beviláqua afirma que “interpretar a lei é revelar o pensamento, que anima as suas palavras”. Prossegue Miguel Reale:

Os juízes são chamados a aplicar o Direito aos casos concretos, a dirimir conflitos que surgem entre indivíduos e grupos; para aplicar o direito, o juiz deve, evidentemente, realizar um trabalho prévio de interpretação das normas jurídicas, que nem sempre são suscetíveis de uma única apreensão intelectual. Enquanto que as leis físico-matemáticas têm um rigor e uma estrutura que não dão lugar a interpretações conflitantes, as leis jurídicas, ao contrário, são momentos da vida que se integram na experiência humana e que, a todo instante, exigem um esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar

É a razão pela qual o Direito jurisprudencial não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento⁶⁹.

⁶⁸ REALE, 2002, p. 167

Diante deste conceito, é mister notar que a jurisprudência possui diferentes papéis a depender do sistema jurídico que se analisa. Assim, cumpre destacar as duas grandes tradições que se construíram ao longo da História: a tradição anglo-americana e a romanística.

A tradição anglo-americana, denominada também de *Common Law*, encontra espaço notadamente nos sistemas americano e inglês. Essencialmente, é identificada pela primazia dos costumes e da jurisprudência, tidos como fontes primárias do direito. Nestas, o precedente judicial possui força vinculante, fenômeno conhecido pela doutrina do *stare decisis*⁷⁰. Em suma, o *stare decisis* significa que, além de o Tribunal ter de se ater às suas próprias decisões (*stare decisis* horizontal), também estas são vinculantes externamente, às demais instâncias do Poder Judiciário e, inclusive, à Administração Pública (*stare decisis* vertical). Acerca das características dessa tradição, note-se a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Seus traços fundamentais são os seguintes: primeiro, os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é sua *ratio decidendi*, isto é, o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme a sua própria razão; quarto, um precedente (sua *ratio decidendi*) nunca perde sua vigência, ainda que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas: ele permanece válido, e pode ser invocado desde que se demonstre sua utilização para o caso⁷¹ (destaques no original)

Feita esse breve anotação acerca do *Common Law*, cumpre analisar de forma mais detida a tradição romanista, uma vez que é notadamente a seguida pelo sistema jurídico brasileiro. Também denominada de *Civil Law*, tem predominância nas nações latinas e germânicas. Sua principal característica é a primazia da lei, isto é, a prevalência da lei sobre as demais fontes do direito, consideradas assim secundárias.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 167

⁷⁰ A doutrina do *stare decisis*, adotada pelos países de *Common Law*, tem como base a expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, cuja tradução significa “mantenha-se a decisão e não se distorça o que foi decidido” (RE, 1990, p. 37).

⁷¹ FERRAZ JR., 2003, p. 244

Como o próprio nome indica, a tradição romanista teve sua principal influência pelo Direito Romano. Já no *Codex*⁷², escrito no século VI, o imperador bizantino Justiniano deixou expresso que as decisões deveriam se pautar nas leis e não nos arestos (“*Non exemplis sed legibus est iudicandum*”, *Codex* – 7, 45, 13)⁷³”.

Com o advento da Revolução Francesa, a ideia de primazia da lei se fortificou. Isso porque se entendia a lei como “única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como se verifica na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*” (REALE, 2002, p. 142 – destaques no original). Ao lado dessa ideia, havia também uma forte desconfiança do povo em relação aos juízes, vistos como representantes do Antigo Regime⁷⁴. Por essa razão, entendia-se que a mera aplicação da lei era sempre a melhor saída, restringindo-se o poder de decisão dos julgadores.

Assim, aduz FERRAZ JR. as características mais essenciais da tradição romanista:

O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme a sua consciência⁷⁵.

Em que pese esses aspectos sejam marcantes, não se pode olvidar que o *Civil Law* já apontava, em determinadas épocas e lugares, sinais de recepção do costume jurisprudencial como fonte do direito, ainda que secundária⁷⁶. Notem-se, a título exemplificativo, as

⁷² O Código de Justiniano, intitulado no latim como *Nouus Iustinianus Codex*, foi redigido por determinação do Imperador bizantino Justiniano I, com o fito de encerrar o imbróglio legislativo, organizando e compilando as Constituições imperiais vigentes. Cf. a propósito, POLETTI, *Elementos de direito romano público e privado*, p. 54.

⁷³ JUSTINIANO apud FERRAZ JR., 2003, p. 244

⁷⁴ FERRAZ JR., 2003, p. 245. *Ipsis litteris*: “Houve, na verdade, desde o princípio, uma desconfiança social em face da figura do juiz, papel legado ao Estado e que pouco a pouco se insere em sua administração, adquirindo a condição de funcionário público. Essa desconfiança é bem clara na época da Revolução Francesa, pois os juízes eram vistos como homens do Antigo Regime, tanto que o direito pós-revolucionário cuidou de limitar-lhes o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz *aplica* o código e nada mais do que isso” (destaques no original).

⁷⁵ *Ibidem*, p. 245

⁷⁶ A propósito, importante ressaltar que há grandes divergências. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “*Jurisprudência não é fonte de direito, tanto quanto juiz não é legislador e jurisdição não é atividade criativa de direitos* (...). A afirmação da jurisprudência como fonte de direito incorre, inicialmente, em um

Ordenações Afonsinas⁷⁷, que já mencionavam o “estilo da corte”, expressão que designava o modo de decidir de uma determinada autoridade. Posteriormente, “passou a designar a jurisprudência dos tribunais superiores, da qual se exigia que tivesse sido manifestada em certo número de casos e por 10 anos” (FERRAZ JR., 2003, p. 245), que serviria, num momento histórico seguinte, como fonte para dirimir determinados conflitos da Corte.

Entretanto, o exemplo português não foi único. Inúmeras outras experiências do *Civil Law* demonstram a utilização da jurisprudência como fonte do Direito, sem, porém, perderem a característica da primazia da lei. Assim, o costume jurisprudencial atua como uma espécie de orientação e interpretação da lei. Em outras palavras, isso significa que a decisão judicial não inova a lei, mas tão somente busca o seu sentido, em conformidade com o sistema jurídico local. A propósito, aduz FERRAZ JR.:

(...) é inegável o papel da jurisprudência romanística na constituição do direito. Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes do sistema, não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada *jurisprudência pacífica* dos tribunais, que não obriga, mas *de fato* acaba por prevalecer. De outro lado, contudo, indo mais além, é conhecida a elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais em casos de lacuna que constituem uma espécie de costume *praeter legem*⁷⁸.

De qualquer forma, é inegável que os mencionados sistemas não constituem sistemas puros e incomunicáveis, possuindo aspectos que se confundem e se assemelham⁷⁹. Assim como no *Common Law* existem regras escritas, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos da América, também no *Civil Law* existem normas criadas judicialmente, a

desvio de perspectiva e mesmo de conceitos. Ela o seria se fosse portadora de normas gerais e abstratas com eficácia em relação a casos futuros, atribuindo bens ou determinando condutas e sendo vinculante em relação aos sujeitos atingidos e aos juízes que no futuro viessem a julgar a respeito das situações ali previstas. Isso não acontece. A repetição razoavelmente constante de julgados interpretando o direito positivo de determinado modo (jurisprudência) exerce algum grau de *influência* sobre futuros julgadores mas não expressa o exercício de *poder*, com os predicados de generalidade e abstração inerentes à lei” (DINAMARCO, 2009, p. 84) (destaques no original).

⁷⁷ Coletânea de leis portuguesas, promulgada pelo Dom Afonso V, que vigorou durante um longo período da Idade Média.

⁷⁸ FERRAZ JR., 2003, p. 245-6.

⁷⁹ Cf. POLETTI, 2010, p. 228. *Ipsis litteris*: “Na verdade, os sistemas se interpenetram e se influenciam. O importante, por agora está em que nem um nem outro constituem esquemas puros. Daí a relatividade da existência desses sistemas, o que não significa que haja mérito em favor de um deles em relação ao outro. Nenhum é melhor, nem prevalecem motivos que deem preferência a um para ser adotado. Os motivos de suas

exemplo das súmulas vinculantes criadas pelo STF. Dessarte, o que irá determinar qual é o sistema adotado é a fonte do direito predominante, se a lei ou o precedente judicial.

Assim, embora o direito brasileiro tenha a sua tradição romanística, vislumbrando a legislação como fonte primária do Direito, é mister notar que, exponencialmente, a jurisprudência vem ganhando cada vez mais espaço e poder. Inclusive, tem o próprio legislador atuado nesse processo⁸⁰, criando mecanismos de uma forma de vinculação a decisões judiciais e abstrativização de decisões *in concreto*.

A título exemplificativo, note-se a sistemática de recursos repetitivo, prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC)⁸¹: havendo multiplicidade de recursos que envolvam idêntica questão de direito, o presidente do tribunal de origem selecionará um ou mais processos representativos de controvérsia, encaminhando-os ao STJ e sobrestando os demais feitos idênticos. Uma vez decidida a matéria pelo STJ e publicado o respectivo acórdão, os recursos sobrestados poderão ter o seu seguimento denegado, caso o acórdão recorrido esteja em consonância ao entendimento firmado em sede de recurso repetitivo ou, ainda, serão reexaminados pelo próprio tribunal de origem, quando o acórdão divergir da orientação adotada pelo STJ.

existências são de caráter cultural e histórico”.

⁸⁰ Cf., a propósito, arts. 120, 475, 479, 543-B, 543-C, 544, 557 do CPC, dentre outros.

⁸¹ *Ipsis litteris*: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

Outro importante exemplo são as súmulas vinculantes. Previstas no art. 103-A da CF⁸², serão aprovadas pelo STF, por decisão de dois terços dos seus membros (isto é, oito dos onze ministros), após reiteradas decisões sobre determinada matéria constitucional. Como o próprio nome já indica, possuirão efeitos vinculantes, tanto no próprio Poder Judiciário como no âmbito da Administração Pública.

Em ambos os exemplos, que são casos mais extremos de abstrativização de decisões, nota-se que o Tribunal acaba por editar enunciados que serão aplicáveis aos casos concretos, ainda que não tenha o Tribunal analisado individualmente cada um deles.

Além desses exemplos, é mister analisar que a própria atividade judicante já tem, por si só, o condão de interferir na criação do direito. A propósito, observa Hans Kelsen:

A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber - em regra - Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica⁸³.

Como dito pelo autor, infere-se que a decisão judicial é uma parte do processo de criação da norma jurídica. Notadamente, esta se inicia com o processo legislativo, que será responsável por emanar normas gerais e abstratas. Posteriormente, ficará a cargo do

⁸² *Ipsis litteris*: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

⁸³ KELSEN, 1999, p. 178

Judiciário, no caso concreto, dizer o “Direito individual”, revelando como aquele enunciado abstrato deve ser entendido perante aquela realidade.

Assim, feitas essas considerações sobre a decisão judicial individualmente considerada, passe-se à análise mais específica acerca do papel que um conjunto de decisões harmônicas e contínuas (jurisprudência) pode cumprir no processo de criação jurídica.

2.2 O poder normativo da jurisprudência

É notório que a complexidade da vida e da sociedade jamais conseguirá ser completamente abarcada pelas leis escritas. Assim, ainda que o legislador se esforce em regular uma grande quantidade de aspectos da vida em sociedade, é fato que são e sempre serão inesgotáveis as situações que ficam fora do alcance legal, seja por sua excepcionalidade, seja por questão meramente interpretativa que insere dúvidas àquele determinado contexto.

Por essa razão, aqueles responsáveis por aplicar a lei têm, rotineiramente, que entendê-la, interpretá-la e dar a sua significação no caso concreto. Em muitos casos, inclusive, necessita-se utilizar a analogia⁸⁴ para suprir uma determinada lacuna da norma. Todavia, cumpre notar que o número de possíveis interpretações a serem dadas e o quantitativo de situações abarcadas pela indefinição legal são diretamente proporcionais ao número de conflitos que irão daí surgir.

Cumpre aqui fazer uma breve nota: embora também seja o Poder Executivo responsável por aplicar as normas no dia-a-dia, inclusive julgando processos administrativos, não há dúvidas que a última palavra acerca da correta aplicação e interpretação⁸⁵ das normas será sempre dada pelo Poder Judiciário. Sendo assim, diante desses conflitos, serão os juízes os responsáveis por decidir cada caso concreto.

Nesse ponto, é mister notar que, a depender da instância do Judiciário que emana uma determinada decisão, diferente será o alcance e o resultado dela proveniente. Explique-se: a

⁸⁴ Leciona Francesco Ferrara: “De interpretação fala-se em sentido amplo e em sentido estricto. No sentido estricto, a interpretação consiste em determina a significação da lei e desenvolver o seu conteúdo em todas as direções; no sentido amplo, a interpretação compreende também a analogia, isto é, a elaboração de normas novas para os casos não contemplados, induzidos de casos afins regulados pela lei. Na analogia o trabalho do jurista move-se numa esfera mais alta, mas não se transforma em criação do direito, porque fica sempre vinculado à lei” (*sic*) (FERRARA, 1963, p. 128-9).

⁸⁵ Acerca dos métodos de interpretação, cf. FERRARA, 1963, p. 138 e ss.

decisão de um juiz de primeiro grau tão somente terá aplicação para aquele caso específico, quando e se transitar em julgado. O mesmo, entretanto, não ocorre quando as Cortes Superiores proferem decisões. Entender que as decisões proferidas por estas em processos subjetivos geram apenas e tão somente efeitos *inter partes* é uma visão muito parcial da realidade.

Ora, atente-se para o fato de que são os Tribunais Superiores os responsáveis por dar a última palavra acerca das matérias de suas respectivas competências. Assim, de forma simplista, pode-se dizer que, em última instância, competente será o STF para dirimir conflitos sobre matéria constitucional; já, por sua vez, a grande maioria das matérias infraconstitucionais será analisada pelo STJ; em matéria trabalhista, competente será o TST; e etc⁸⁶.

Por essa razão e por motivos de segurança jurídica, diz-se que a decisão de um Tribunal Superior formará um precedente, que servirá de paradigma para os casos posteriores. A título exemplificativo, cite-se o art. 105, III, *c* da CF, que atribuiu ao STJ a competência de uniformizar a aplicação de lei federal. Essa norma só terá meios de cumprir a sua função teleológica se a decisão do STJ surtir efeitos para além do caso concreto, com o fito de assegurar que aquele determinado entendimento da lei seja aplicado indistintamente pelos demais intérpretes de instâncias inferiores.

Cumprir notar que não apenas nesse caso do art. 105, III, *c*, da CF o precedente gerará repercussões fora do processo. Em geral, todas as soluções dadas por Tribunais Superiores assimilam esse aspecto de “última palavra” sobre a norma, podendo ser utilizadas como paradigmas daquele caso em diante. A esse respeito, leciona Hans Larens:

Indirectamente, qualquer resolução judicial pode, por isso, actuar mediante o conteúdo da sua fundamentação, para além do caso concreto decidido. Com efeito, na medida em que responda à pretensão nela suscitada, representa um paradigma, um modelo para futuras resoluções que se refiram a casos semelhantes, nos quais tenha relevância a mesma questão jurídica. De facto, os tribunais, especialmente os tribunais superiores, procuram orientar-se em grande medida por tais resoluções paradigmáticas – pelos precedentes –, o que é útil à uniformidade e à continuidade da jurisprudência e, ao mesmo tempo, sobretudo, à segurança jurídica⁸⁷ (*sic*).

⁸⁶ Acerca das competências de cada Tribunal Superior, cf. MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 1008-1062.

⁸⁷ LARENS, 1991, p. 611.

A propósito, também aduz o autor:

Os tribunais resolvem casos concretos. Uma opinião jurídica expressa por um tribunal, quer se apresente como interpretação, como desenvolvimento do Direito imanente à lei ou superador da lei tem, por isso, unicamente importância directa para o caso concreto a resolver. Mas o tribunal pretende que a sua resolução esteja de acordo com o Direito vigente. Deste modo, afirma que a interpretação por ele realizada é <adequada>, que é <necessário> integrar lacunas, que está <justificado>, pelos motivos por ele indicados, um desenvolvimento do Direito superador da lei. Aqui inclui-se simultaneamente a afirmação de que, no futuro, todo o caso semelhante há-de ser resolvido de acordo com a máxima assim estabelecida⁸⁸ (*sic*).

Primeiramente, é importante notar que essa atuação dos Tribunais não significa que eles estejam criando normas abstratas e gerais, uma vez que isto é competência do Poder Legislativo. Entretanto, note-se que a aplicação de leis não pode ser equiparada a uma operação matemática, com regras estanques e fixas, as quais o juiz aplica cega e invariavelmente. O texto legal não pode e não deve ser aplicado mecanicamente⁸⁹, inclusive sob pena de vulnerar a vontade do legislador.

Por essa razão, pode-se dizer que a jurisprudência cumpre o papel de matizar a significação concreta do que a lei enuncia em abstrato. Em verdade, os precedentes atuam revelando o sentido que há por trás das palavras e definindo qual das possíveis interpretações deve ser aplicada na realidade. Diz-se que, ao fim, que a jurisprudência não cria normas, mas cria enunciados sobre as normas. A propósito, aduz Francesco Ferrara:

O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando abstracto da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a *viva vox iuris*.

O juiz, porém, está submetido às leis, decide como a lei ordena, é o executor e não o criador da lei. A sua função específica consiste na aplicação do direito(*sic*)⁹⁰.

⁸⁸ LARENS, 1991, p. 610.

⁸⁹ Já no Digesto de Justiniano se enunciava que “conhecer as leis não é reter as palavras delas, mas a sua força e potestade” (no original: “*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”) (Digesto 1.3.17).

⁹⁰ FERRARA, 1963, p. 111.

A título exemplificativo, note-se o seguinte caso julgado pela Primeira Seção do STJ⁹¹. Tratava-se da discussão acerca da vigência de um benefício tributário, denominado crédito-prêmio do IPI. Explique-se: diante do imbróglio legislativo que se apresentava, havia uma grande discussão judicial sobre se havia ou não sido extinto a concessão do referido benefício em 1983, haja vista que os decretos não eram claros a esse respeito. Apesar da forte indefinição legal, o STJ, por aproximadamente 15 (quinze) anos, consolidou a jurisprudência de que não houvera a dita revogação, de modo que o benefício ainda estava vigente e devia ser concedido àqueles que cumprissem os requisitos legais.

Entretanto, no ano de 2007, revendo o seu posicionamento anterior, o STJ passou a entender que o crédito-prêmio havia sido extinto em 1983. Daí em diante, todas as ações dos contribuintes passaram a ser julgadas improcedentes, sendo-lhes negado o direito ao benefício.

Com esse exemplo, fica clara uma espécie de poder normativo das Cortes Superiores. Ora, no caso, a situação legislativa permaneceu sempre a mesma, não havendo revogação ou nulidade de nenhuma lei ou decreto. Ainda assim, em 2007, a situação jurídica dos contribuintes foi alterada.

Dessarte, é evidente que, embora o Tribunal não tenha propriamente criado uma lei, houve efetivamente a criação de um enunciado sobre ela. Por esclarecedor, transcreva-se a ementa do acórdão de um desses processos julgados antes de 2007:

“TRIBUTÁRIO. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETOS-LEIS NS 491/69, 1724/79, 1722/79, 1658/79 E 1894/81.

1. Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do Decreto-lei 1724/79, conseqüentemente ficaram sem efeito os Decretos-leis 1722/79 e 1658/79, aos quais o primeiro diploma se referia.

2. É aplicável o Decreto-lei 491/69, expressamente mencionado no Decreto-lei 1894/81 que restaurou o benefício do crédito-prêmio do IPI, sem definição de prazo

3. Teses desenvolvidas pela agravante que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se impõe a sua manutenção.

4. Agravo regimental improvido⁹².

Em que pese este seja apenas um dos vários precedentes desse Egrégio Tribunal, já é possível notar a tese que se tem defendido. O Tribunal não criou o benefício (a norma),

⁹¹ Embargos de Divergência no REsp nº 738.689/PR, Rel. Min. Teori Zavasck, DJe 22/10/2007.

⁹² Trecho da ementa do Ag 250.914/DF, Min. José Delgado, 1ª T., DJ de 15.05.2000

mas tão somente enunciou que ele ainda vigorava (“É aplicável o Decreto-lei...”). O direito não foi criado judicialmente, ele vinha diretamente da lei. O que ocorria é que ele era tão somente assegurado pelas decisões do STJ.

A partir dessa premissa, retomemos a análise acerca dos efeitos emanados das decisões tomadas por Cortes Superiores.

Diante de uma jurisprudência consolidada, é evidente que há uma expectativa de direito por parte dos jurisdicionados. Observe-se novamente o caso supramencionado: havia um entendimento amplamente consolidado e repetidamente proferido ao longo de aproximadamente 15 anos de que o benefício do crédito-prêmio não fora revogado. Dessa forma, não há como se defender que as decisões se aplicavam tão somente aos processos julgados. Ora, todos aqueles contribuintes interessados no benefício não teriam por que desprezar todas essas manifestações judiciais.

Assim, embora as decisões só fossem teoricamente obrigatórias para aqueles casos específicos, não se pode olvidar que os efeitos desse conjunto de decisões já extrapolavam, e muito, as partes envolvidas nos processos. Ora, o entendimento já se consolidara e passara a vigorar em abstrato. Inegável também que inúmeros comportamentos foram guiados com base no enunciado criado pelo Tribunal.

Com efeito, percebe-se que há aqui uma aproximação do *Civil Law* com o *Common Law*, na medida em que, embora naquele os precedentes não sejam vinculantes como neste, há uma forte expectativa depositada pelos jurisdicionados sobre eles. Isso porque, se o Tribunal assim repetidamente o disse, não há porque esperar que diferente entendimento se aplique a outro caso semelhante.

A propósito, no caso, defendeu o Min. Herman Benjamin:

Pouco importa a referência técnica usada pela legislação de um determinado país, a verdade é que, no espaço social os precedentes judiciais, estejamos no *common* ou *civil law*, são uma forma de produção de normas jurídicas, ou se assim não for, pelo menos de compreensões normativas que moldam os comportamentos jurídicos das pessoas. É nesse sentido que se afirma que a função judicial é um *ius dicere*: e se juiz o disse mal durante tantos anos, seria injusto punir aqueles que acreditaram na voz judicial que escutavam⁹³.

⁹³ Voto do Ministro Herman Benjamin nos Embargos de Divergência no REsp nº 738.689, p. 73

Por derradeiro, a fim de sistematizar os principais argumentos a respeito desse tema, cumpre notar a tese de Giovanni Orrù sobre a “eficácia obrigatória dos precedentes”, mencionada por José Rogério Cruz e Tucci. São quatro os argumentos principais por ele arrolados, que serão aqui analisados individualmente. Diz o autor:

Partindo do pressuposto de que o produto da atividade judicial (*Richterrecht*) constitui fonte “irrecusável” de conhecimento do direito, Giovanni Orrù, que escreveu importante monografia de comparação jurídica entre os direitos italiano e alemão, arrola, em abono da tese de eficácia obrigatória dos *precedentes*, os seguintes argumentos:

1.º) a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito, e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. Os cidadãos baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas também, na tendência dos *precedentes* dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos. A uniformidade da jurisprudência integra o cálculo de natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre um pressuposto inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfico jurídico-comercial: uma mudança abrupta e não suficientemente justificada da orientação pretoriana solapa a estabilidade dos negócios (destaques no original)⁹⁴

Esse primeiro argumento fica evidente diante do precedente acerca do crédito-prêmio do IPI supramencionado. Note-se: o referido benefício tinha por objetivo incentivar as exportações, cabendo aos produtores decidir se esta operação seria ou não vantajosa para os seus respectivos negócios. A partir do momento em que o STJ consolidou o entendimento de que não houvera a revogação do crédito-prêmio, os contribuintes, confiando nessa jurisprudência, guiaram os seus negócios com o fito de auferir a mencionada vantagem, despendendo esforços e recursos para tornar a exportação possível.

Por outro lado, a partir do momento que houve uma mudança abrupta no entendimento daquele Tribunal, rompeu-se com a estabilidade daquelas situações jurídicas teoricamente já consolidadas, provocando um abalo não apenas na segurança jurídica, mas também no domínio econômico.

Seguindo adiante, observe-se o segundo argumento utilizado por Giovanni Orrù:

2.º) a jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações

⁹⁴ TUCCI, 2004, p. 296

assemelhadas são tratadas do mesmíssimo modo, e a democracia participativa exige a paridade de trato entre os membros da comunhão social. O tratamento desigual pelos tribunais é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos. Tão-somente justificadas razões peculiares autorizam o desvio dos *precedentes judiciais*⁹⁵ (destaques no original)

Esse excerto se refere a dois importantes princípios constitucionais: o da isonomia e o da segurança jurídica. Estes, quando tratados conjuntamente, evidenciam um alto grau de injustiça no tratamento desigual entre duas situações jurídicas idênticas. Ora, se a lei é a mesma para todos, a sua interpretação também deveria ser idêntica. Nesse ponto, o precedente judicial cumpre um papel de uniformização, para nivelar as situações jurídicas, estabelecendo qual é o tratamento a ser conferido naqueles casos.

Prosseguindo, analisem-se simultaneamente os terceiro e quarto argumentos arrolados pelo autor:

3.º) a jurisprudência consolidada evidencia submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência, não de forma simplesmente mecânica, mas, sim, por meio de adesão crítica consciente, conseguindo detectar, entre várias situações, um núcleo central estável;

4.º) a jurisprudência consolidada constrói uma presunção (relativa) em prol da justiça do precedente, até porque sem um razoável grau de confiança na anterior elaboração judicial, faltaria um dos fundamentos mais relevantes da evolução do direito. É despidendo dizer, nesse sentido, que um juiz solitário, colocado diante do texto legal, sem qualquer mediação oferecida pelos *precedentes judiciais*, não poderia, em curto espaço de tempo, chegar a resultados de qualidade⁹⁶ (destaques no original)

Em breve síntese, isso significa dizer que a jurisprudência constitui um fruto da evolução do pensamento dos Tribunais. É o resultado de progressivas discussões e embates entre as mais diversas interpretações, bem como representa a melhor solução encontrada para o caso concreto, diante da análise sistemática das leis e da Constituição. Dessarte, a jurisprudência não deve ser respeitada por ser um dogma, algo inquestionável e inquebrantável, mas por verificarmos conscientemente que ela é um corolário da própria evolução do direito.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 296

⁹⁶ *Ibidem*, p. 297

Com isso, não se busca defender o engessamento das decisões judiciais, sob pena de tornar os juízes meros operadores da jurisprudência. Deve-se assegurar sempre a livre persuasão racional dos julgadores. Entretanto, entende-se que os precedentes só devem ser abandonados diante de fortes razões, sob pena de se vulnerar toda uma evolução pretoriana e o conhecimento dela acumulado.

Ditos esses quatro argumentos, conclui-se que a jurisprudência deixou de ser relegada, em detrimento unicamente do primado da lei, tendo ganhando exponencialmente força e espaço no sistema jurídico brasileiro. Assim, hoje, é uma fonte do direito extremamente relevante e utilizada não apenas pelos próprios Tribunais, mas também por todos os cidadãos nas suas práticas diárias. Com efeito, sobressai o seu caráter normativo, na medida em que não cria direitos, mas efetivamente cria enunciados que neles recaem. Há, assim, uma real abstrativização das decisões que seriam meramente subjetivas.

CAPÍTULO 3

A SEGURANÇA JURÍDICA E O *PROSPECTIVE OVERRULING*

3.1 A segurança jurídica numa perspectiva geral

Já em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada durante a Revolução Francesa, afirmava-se que a segurança é um direito natural e imprescritível, que deve ser garantido como um fim de qualquer associação política⁹⁷. Embora se trate de um documento antigo, é certo que, desde então, a preocupação com a segurança permeia todos os Estados Democráticos e suas respectivas constituições.

No cenário brasileiro, já no preâmbulo⁹⁸ da Constituição de 1988 podemos vislumbrar a importância dada pelo Poder Constituinte à segurança, vista como um dos objetivos de um Estado Democrático e como um valor supremo de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁹⁹.

Além disso, importante notar que, no *caput* do art. 5º da CF, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, a segurança é mencionada como direito inviolável. *Ipsis litteris*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”. Logo em seguida, também o art. 6º, que dispõe sobre os direitos sociais, afirma a segurança como um destes.

⁹⁷*Ipsis litteris*: “Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

⁹⁸ O STF já asseverou que o preâmbulo da Constituição Federal não tem força normativa, mas que apenas demonstra a posição política da Assembleia Constituinte. Por oportuno, transcreve-se trecho da ADI 2076, na qual questionava-se o constitucionalidade da expressão “sob a proteção de Deus”, inscrita no preâmbulo da CF: “O preâmbulo, ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. (...) O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc.” (Trecho do voto do Min. Carlos Velloso na ADI 2076, p. 226, DJ 08/08/2003)

⁹⁹*Ipsis litteris*: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

É mister notar, entretanto, que “segurança” é um termo polissêmico, adquirindo diversos sentidos a depender da perspectiva analisada. A esse respeito, leciona Humberto Ávila que esta pode ser entendida do ponto de vista subjetivo e objetivo. O primeiro está vinculado a um caráter psicológico, que denota a ausência de medo, de ansiedade e de preocupações. A propósito, o autor menciona que também esta perspectiva pode ser subdividida em vários aspectos, como, por exemplo, dentro da Psicologia, da Economia, da Sociologia, da Filosofia e da Política¹⁰⁰. Já do ponto de vista objetivo, por sua vez, “segurança” significa a proteção conferida pela sociedade aos bens e direitos individuais e coletivos.

Além dessas espécies, adverte Humberto Ávila que existem outras formas de manifestação da “segurança” na realidade, tais como a segurança pública (proteção da paz das pessoas contra ameaças), a segurança social (proteção dos mínimos existenciais) e a segurança jurídica, que será estudada a seguir.

Ao lado dessa visão, cumpre notar também o que leciona o professor Luís Roberto Barroso a respeito de “segurança”:

O próprio constitucionalismo francês procurou conceituar o termo, no preâmbulo da Constituição de 24 de junho de 1793: "*A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades*". Tal formulação a aproxima da cláusula do *devido processo legal* do direito anglo-saxão, incorporada quase literalmente a Constituição brasileira em vigor, no art. 50, LIV¹⁰¹ (*sic*)

Em verdade, o excerto acima transcrito quer se referir ao art. 5º, LIV, da CF, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo

¹⁰⁰ Acerca de cada um desses aspectos, diz Humberto Ávila: “Pode-se, igualmente, falar em segurança no sentido de confiança e, dentro dessa perspectiva, examiná-la também sob vários ângulos: da Psicologia, examinando-se as características das relações de confiança entre as pessoas, como a incerteza e o risco, e os seus efeitos, como a motivação, a exemplo do que fez Petermann; da Economia, investigando-se a confiança como princípio organizacional e de trocas, a fim de saber como se forma e como se intensificam as relações entre os agentes econômicos, da maneira como fizeram Ripperger e Thier/Schweer; da Sociologia, perscrutando a confiança como valor social, antecipador de comportamentos e indispensável para intensificar as relações sociais, para controlar o futuro e para diminuir a complexidade da sociedade como o fizeram Kaufmann, Luhmann e Geiger; da Filosofia, indagando a respeito do valor da confiança como fenômeno espiritual ou valor moral, como defenderam Lagerspetz e Köhl; da Política, analisando-se os processos de confiabilidade estabelecidos entre os cidadãos nos sistemas de governo, como examinou Offe.”

¹⁰¹ BARROSO, *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*, p. 56

legal”¹⁰². Note-se que esse conceito se aproxima ao da perspectiva objetiva mencionada por Humberto Ávila.

Feitas essas considerações, é importante notar que, para ambos os autores, a segurança é vista como gênero, do qual faz parte a espécie segurança jurídica.

A respeito desta, aduz Humberto Ávila o seu significado em sentido amplo:

A segurança jurídica só entra em cena quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental: segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento.

Antes de adentrarmos nas suas especificidades, isto é, nas suas formas de manifestação na ordem jurídica, cumpre fazer uma breve anotação acerca de seu *status* constitucional. Isso porque, embora a segurança, como já visto, seja um direito fundamental e um valor supremo perante a Constituição, é primordial notarmos como se vislumbra especificamente a segurança jurídica nesse cenário.

Não há dúvidas que a segurança jurídica é um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito e que, por essa razão, está assegurada pela Constituição brasileira. Entretanto, uma grande divergência permeia o seu *status* enquanto princípio constitucional. Para parte da doutrina, dentre os quais Gilmar Mendes¹⁰³ e Almir do Couto e Silva, a segurança jurídica tem amparo constitucional enquanto subprincípio, decorrente do princípio do Estado de Direito¹⁰⁴:

¹⁰² O professor Luís Roberto Barroso faz um paralelo entre o art. 5º, LIV, da Constituição brasileira e a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que prevê “No *person shall, be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*” (numa tradução livre: nenhuma pessoa deverá ser privada da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal).

¹⁰³ Cf. MENDES, Curso de Direito Constitucional, p. 434-7. Nessa linha de pensamento, diz o professor: “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material” (MENDES, 2012, p. 436).

¹⁰⁴ A propósito, cf. MARINONI, *Segurança dos Atos Jurisdicionais (Princípio da –)*. Aduz o autor: “Embora as Constituições e Cartas de direitos humanos fundamentais – como, por exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU e a Convenção Americana de São José da Costa Rica – não aludem a um direito à segurança jurídica, o constitucionalismo dos nossos dias é consciente de que um Estado de Direito é dela indissociável. A doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”.

O ponto de partida, porém, para a correta interpretação e aplicação desse preceito está em que a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade. Segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de Direito¹⁰⁵.

Entretanto, para a outra parcela da doutrina, dentre os quais Humberto Ávila e José Augusto Delgado, a segurança jurídica é vista como um sobreprincípio, isto é, um valor maior que, embora não esteja expresso, permeia os demais princípios, tais como o da legalidade, da igualdade, da irretroatividade, etc¹⁰⁶:

Como quer que seja – princípio ou sobreprincípio – é preciso sublinhar que o primado da segurança jurídica permeia e impregna o conteúdo de todos os demais princípios. A segurança jurídica é a razão de ser de todos os demais vetores prestigiados pela Constituição. De fato, o princípio da legalidade existe para que se possa ter segurança jurídica. Idêntica é a razão da existência do princípio da igualdade; só se há falar em irretroatividade, para prestigiar a segurança jurídica; só cabe cuidar da evitação ao efeito de confisco, para preservar a segurança jurídica; só se prestigia o direito de propriedade, para garantir a segurança jurídica¹⁰⁷.

José Augusto Delgado, parafraseando Souto Maior Borges, aduz que “a segurança jurídica não está na Constituição, a segurança jurídica é a Constituição”¹⁰⁸. Assim, denota-se que, para estes autores, a segurança jurídica está inscrita implicitamente em todos os demais princípios fundamentais, formando o próprio cerne da Constituição.

Independentemente de considerá-la um subprincípio ou um sobreprincípio, não há como negar o seu status constitucional. Assim, é incontestável que é uma das bases de uma ordem democrática, um valor supremo necessário para assegurar um Estado de Direito.

¹⁰⁵ SILVA, 2004, p. 11

¹⁰⁶ A propósito, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *O princípio da segurança jurídica em matéria tributária*. Leciona o autor: “Há “princípios” e “sobreprincípios”, isto é, normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras. (...) A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais.”

¹⁰⁷ BARRETO apud DELGADO, *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*, p. 9

¹⁰⁸ DELGADO, *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*, p. 10

Tendo essa ideia como premissa, cumpre tratar mais propriamente o que é a segurança jurídica.

Para Humberto Ávila, trata-se de um preceito direcionado aos três Poderes: ao Legislativo, na produção de normas jurídicas; ao Executivo, na concretização de mandamentos legais; e ao Judiciário, nas decisões que profere. Como objetivo final, a segurança jurídica busca “um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade¹⁰⁹”. Para uma melhor compreensão do tema, repisem-se esses conceitos, já tratados no capítulo 1 do presente trabalho.

Por confiabilidade, entende-se que o Estado além de assegurar os direitos adquiridos dos cidadãos, deve também proteger de suas legítimas expectativas. É primordial que o sistema jurídico possua um alto grau de estabilidade. Com efeito, veda-se a ruptura do sistema, com a mudança súbita nas situações jurídicas consolidadas.

A calculabilidade, por sua vez, é vista como uma noção mais ampla do que a mera previsibilidade acerca de possíveis consequências jurídicas. É certo que está relacionada com a capacidade de que detêm os cidadãos de prever como o Estado irá atuar perante as suas condutas. Porém, ao fim, denota também o conhecimento dos indivíduos sobre os limites da discricionariedade estatal em cada caso.

Por último, a cognoscibilidade, na lição de Humberto Ávila, refere-se à capacidade que detêm os indivíduos de conhecer determinado conteúdo normativo¹¹⁰. Esse conceito abrange tanto o aspecto mais formal, relativo à possibilidade de acesso a um dado conteúdo, como o material, relacionado à inteligibilidade das normas.

A fim de entender como esses aspectos se manifestam em cada um dos três Poderes, cumpre notar a lição de Luís Roberto Barroso, acerca de algumas implicações práticas do princípio da segurança jurídica. Diz o autor:

No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;

¹⁰⁹ ÁVILA, H., 2011, p. 112

¹¹⁰ *Ipsis litteris*: “pode-se usar o termo 'cognoscibilidade', ou, 'compreensividade', como capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los” (ÁVILA, H., 2011, p. 123).

2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas¹¹¹.

O primeiro ponto é propriamente uma das bases de um Estado Democrático de Direito. Afirma-se a necessidade de existência de instituições do Estado com poderes e limitações, afirmadas no princípio da legalidade¹¹². São instituições que devem existir para criar e assegurar a aplicação das leis e, ao fim, da própria Constituição, mas que a elas também se submetem. Assim, o Legislativo deve observar o correto processo legislativo previsto especialmente na Constituição. O Executivo, por sua vez, sob o prisma da legalidade estrita¹¹³, só pode atuar dentro do âmbito de discricionariedade permitido em lei, devendo sempre ater a sua atuação a esses mandamentos. Por fim, o Judiciário deve se limitar ao princípio da legalidade do ponto de vista formal, assegurando o devido processo legal, e do ponto de vista material, devendo julgar os conflitos de acordo com as normas jurídicas postas.

Em relação aos segundo e terceiro pontos mencionados por Luís Roberto Barroso, que tratam, respectivamente, da confiança nos atos do Poder Público e na estabilidade das relações jurídicas, cumpre fazer uma nota prévia.

Para o jurista português J. J. Canotilho, o princípio da segurança jurídica induz dois subprincípios, quais sejam, o da determinabilidade de leis e o da proteção da confiança. O primeiro se refere à necessidade de que se produzam leis claras e de sentido inequívoco. Já em relação ao segundo, diz o autor:

¹¹¹ BARROSO, *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*, p. 56

¹¹² Art. 5º, II, da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Segundo Alexandre de Moraes, “tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.” (MORAES, 2011, p. 45)

¹¹³ Simetricamente oposta à legalidade do ponto de vista dos indivíduos, a legalidade estrita denota que a Administração Pública só pode fazer ou deixar de fazer algo quando estiver previsto em lei.

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos¹¹⁴. (*sic*)

Dessarte, verifica-se que o segundo ponto mencionado por BARROSO guarda relação com os atos futuros do Poder Público. É a confiança por parte dos cidadãos de que os atos da Administração serão guiados pelos princípios da boa-fé e da razoabilidade.

Já o terceiro ponto, por sua vez, cuida da estabilidade das relações jurídicas. Isso significa, primeiramente, que as normas devem ser criadas com o intuito de se conservarem ao longo do tempo. Em outras palavras, preconiza a continuidade do sistema jurídico, por meio da durabilidade de suas normas e instituições. Além disso, implica também que as leis só se aplicam a fatos posteriores a sua criação¹¹⁵ (ideia central do princípio da irretroatividade) e que serão assegurados o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito¹¹⁶.

O quarto ponto supramencionado, relacionado à previsibilidade dos comportamentos, já foi tratado anteriormente, quando se cuidou da expressão “calculabilidade”, mencionada por Humberto Ávila. Repise-se: é a capacidade que detém os cidadãos de prever as consequências jurídicas de seus atos e saber os limites da discricionariedade estatal.

Por fim, o quinto e último ponto cuida da isonomia na lei e perante a lei¹¹⁷. Assim, a

¹¹⁴ CANOTILHO, 1993, p. 373

¹¹⁵ A propósito, diz Gilmar Mendes: “O direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que normas contruídas a posteriori possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico”. (MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 403)

¹¹⁶ Acerca desses conceitos, cumpre notar o disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”

¹¹⁷ Dentre as previsões constitucionais expressas relacionadas ao princípio da igualdade, destaca-se o *caput* do art. 5º da CF, que diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”

segurança jurídica proíbe que indivíduos que se encontrem numa mesma situação recebam tratamentos jurídicos diferentes. A propósito, diz Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio poder executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Essa concepção bipartida é justamente o que se busca ao dizer “na lei” e “perante a lei”. A expressão “na lei” denota que a edição de atos normativos deve sempre conferir um tratamento isonômico aos cidadãos. Por sua vez, a expressão “perante a lei” significa que o intérprete deve observar a isonomia quando da concretização de direitos e da aplicação das leis. Observa-se, dessarte, que a primeira expressão se direciona primordialmente aos atos do Poder Legislativo, enquanto a segunda cuida especialmente dos atos do Poder Executivo e Judiciário.

Isso posto, é mister ressaltar que, embora algumas dessas ideias possam ser vislumbradas mais facilmente em relação a um ou outro Poder, todas elas têm plena aplicação no que toca aos demais. Entretanto, por guardar pertinência temática mais específica ao presente trabalho, cuidar-se-á aqui, mais detidamente, apenas do princípio da segurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário.

3.2 A segurança jurídica no Poder Judiciário

Em geral, a atuação do Poder Judiciário se volta para o passado. Isso porque, como é amplamente sabido, o que caracteriza “a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados” (MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 999). Por essa razão, os juízes são

hodiernamente obrigados a olhar para o passado no momento de decidir, devendo eles julgar os conflitos conforme o direito vigente à época dos fatos¹¹⁸.

Como aduz Humberto Ávila, citando Machado Derzi, isso não significa dizer que a eficácia das decisões será unicamente relacionada o passado. A atividade jurisdicional possui, em verdade, uma “eficácia pluridimensional”, o que significa que estende seus efeitos também para o presente e para o futuro¹¹⁹.

Nesse diapasão, cumpre notar que não somente as decisões judiciais podem estender, declaradamente, seus efeitos para o futuro, como também delas emanam efeitos implícitos na sociedade. Nesse ponto, é fundamental entender o papel da segurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário.

Como já sustentado, também a atividade jurisdicional deve guiar-se pela calculabilidade, pela confiabilidade e pela cognoscibilidade.

A propósito, cumpre notar o que ensina Humberto Ávila:

(...) também a jurisdição tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: de cognoscibilidade, em virtude da falta de fundamentação adequada das decisões ou, mesmo, da existência de divergências entre decisões, órgãos ou tribunais; de calculabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição dos seus direitos fundamentais; e de confiabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico¹²⁰.

Segundo o autor, o problema da cognoscibilidade guarda identidade com a

¹¹⁸ A esse respeito, leciona o professor Gilmar Mendes: “O direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que normas contruídas *a posteriori* possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico” (MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 403)

¹¹⁹ *Ipsis litteris*: “A atividade do Poder Judiciário é orientada, primordialmente, para o passado, porque as decisões vertem sobre fatos narrados pelas partes ocorridos antes da prolação da decisão que culmina a prestação jurisdicional. O julgador, por consequência, ocupa-se do passado, orientando-se pelas normas vigentes e pelos fatos ocorridos antes do seu pronunciamento. Isso não quer dizer – como esclarece Machado Derzi – que as manifestações do Poder Judiciário, embora com eficácia centrada no passado, não tenham efeitos com relação ao presente e ao futuro: dependendo da eficácia que se almeja (declaratória, constitutiva, condenatória), repercutem também sobre o presente e sobre o futuro, sendo inerente a toda decisão uma eficácia pluridimensional, pela mescla que produz relativamente ao passado e ao futuro” (ÁVILA, H., 2011, p. 160)

¹²⁰ ÁVILA, H., 2011, p. 160

imprevisibilidade das decisões. A esse respeito, importante ressaltar também o que aduz José Augusto Delgado, em notável obra sobre a insegurança jurídica no Poder Judiciário. Aduz o autor:

Há uma realidade vivenciada, na atualidade, por todos os agentes do direito, demonstrando que o “grau de imprevisibilidade das decisões judiciais” tem “aumentado bruscamente e os profissionais da área cada vez mais se surpreendem com o resultado das demandas. Lamentando-o ou comemorando-o, são surpreendidos porque, pelo conhecimento da lei e dos precedentes jurisprudenciais e pela experiência profissional que tinham, nutriam expectativa diversa para o caso. Quem não é profissional da área também estranha. À maioria das pessoas será, hoje, familiar a notícia de dois processos idênticos decididos de modo opostos” (Fábio Ulhoa Coelho, in “A Justiça desequilibrando a economia”, artigo publicado no Valor Econômico, 10.11.2006).

Assim, sustenta Delgado que não é incomum duas situações idênticas receberem decisões conflitantes, ainda que proferidas pela mesma Turma ou Tribunal. Considera-se este um problema relacionado à cognoscibilidade, haja vista que afeta a inteligibilidade das normas pelos jurisdicionados, que, a todo momento, observam interpretações opostas acerca de um mesmo dispositivo. Acrescenta DELGADO que isso contribui para o enfraquecimento da ordem democrática.

Em seguida, DELGADO faz um paralelo entre a imprevisibilidade das normas e a morosidade do Poder Judiciário, propugnando que a eficácia obrigatória dos precedentes como uma possível solução para a insegurança jurídica:

É, no mínimo, razoável que um juiz não julgue uma mesma questão jurídica, presente uma mesma situação de fato, de forma diversa da que julga o tribunal superior. Ainda que “julgue” o juiz ser a orientação do tribunal injusta, ou que seja a lei injusta, não deve ele proferir uma decisão que sabe ou deva saber que será reformada em grau de recurso. (...) Embora muitas vezes o ato de julgar contra a lei ou contra a orientação do STF possa materializar um verdadeiro sentimento de boas intenções por parte do juiz prolator da decisão, é certo que os danos causados por milhares de sentenças ou acórdãos em desconformidade com a orientação jurisprudencial das cortes supremas são gigantescos, pois essas sentenças e acórdãos abarrotam o STF e os tribunais

superiores, tornando a Justiça mais lenta e reduzindo drasticamente a qualidade da prestação jurisdicional¹²¹.

Com isso, o autor assevera a necessidade de conformação das decisões das instâncias inferiores com a jurisprudência dominante, tendo em vista que isso tornaria as decisões previsíveis e consonantes entre si, bem como eliminaria grande parcela dos recursos, tornando a prestação jurisdicional mais célere.

Embora esta seja uma questão de extrema relevância, não se pode olvidar que o cerne do *prospective overruling* se encontra nos problemas relacionados à calculabilidade e de confiabilidade. Isso porque estes são, em grande parte, causados pelas alterações de entendimento pretoriano.

Como observado no Capítulo 2, as decisões judiciais, especialmente as proferidas pelos Tribunais Superiores, possuem uma espécie de normatividade, na medida em que criam enunciados sobre as normas existentes. Esses enunciados, a partir do momento que se consolidam na jurisprudência, criam expectativas nos jurisdicionados, que passam a guiar suas condutas crendo naquilo que fora definido pelo Tribunal.

Dessarte, observa-se que a calculabilidade se manifesta no âmbito do Poder Judiciário a partir do momento em que, por meio de uma consolidação de entendimento, os cidadãos passam a prever como o Tribunal se portará diante de uma determinada situação. Ao fim, entendem aquele enunciado tal como se fosse uma lei, que possui uma grande força imperativa na prática.

Dessa forma, a segurança jurídica preconiza que também as decisões do Poder Judiciário devem possuir a calculabilidade. Por conseguinte, assim como as leis só se aplicam às situações posteriores à sua promulgação, também tão somente as situações consolidadas após a alteração jurisprudencial poderiam ser abarcadas pelo novo entendimento.

Já a confiabilidade, por sua vez, segundo Humberto Ávila, manifestar-se-ia no Poder Judiciário por meio da estabilidade das decisões, isto é, da continuidade da jurisprudência. Ressalte-se que isso não significa, de forma alguma, que o Judiciário teria de manter os seus precedentes eternamente. Pelo contrário, a jurisprudência pode e deve acompanhar a evolução da sociedade, alterando-se sempre que necessário para adequar-se às novas realidades. A esse respeito, leciona José Augusto Delgado:

¹²¹ DELGADO, *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*, p. 3

É assim que no Estado de Direito, a segurança jurídica implica imobilidade da ordem jurídica; o Estado Democrático de Direito exige seu constante aperfeiçoamento; no último, a segurança jurídica não está nos meios, mas na finalidade. Esta é que será a constante da ordem jurídica, admitindo-se vicissitudes nos meios, de que apropriados, conforme a conjuntura econômica, para o fim buscado.

Assim, com relação à confiabilidade, a segurança jurídica induz duas conclusões. A primeira é de que as alterações jurisprudenciais deveriam ocorrer de forma suave, de forma a evitar uma ruptura no sistema. Assim, caberia aos juízes adotar mecanismos de diminuição dos impactos causados pelas mudanças, tal como ocorre nas regras de transição adotadas pelo Poder Legislativo. A segunda, por sua vez, novamente denota que as interpretações judiciais devem ser estáveis e consonantes entre si.

3.3 O *prospective overruling* e a segurança jurídica

Como já visto no item 4 do Capítulo 1 deste trabalho, a expressão *prospective overruling* designa a atribuição de efeitos prospectivos à decisão que, inovando um entendimento, altera um precedente jurisprudencial. Nessa perspectiva, observa-se que é propriamente a solução sugerida para os problemas relacionados à calculabilidade.

Por sintetizar o pensamento relativo à possibilidade de aplicar-se o *prospective overruling* no sistema brasileiro, transcreva-se excerto de um parecer dado pelo professor Luís Roberto Barroso, acerca do RE 353.657:

Nesse sentido, as garantias inerentes ao princípio da segurança jurídica não se destinam a proteger os indivíduos apenas contra os enunciados normativos em abstrato, antes de um ato de interpretação e aplicação que defina as normas efetivamente impostas. Como já referido, embora caiba à lei inovar na ordem jurídica para criar direitos e obrigações, juízes e tribunais é que vão dizer, de modo definitivo, o sentido e o alcance da lei.

Em outras palavras: é o Judiciário, em última análise, a instância que irá decidir quais direitos e obrigações foram criados pelos dispositivos legais. Dentro dessa linha de raciocínio, é natural que o princípio da segurança jurídica se dirija também à atividade jurisdicional. Mesmo porque, se a cada momento o Judiciário pudesse modificar o seu entendimento sobre a legislação em vigor e atribuisse às novas decisões efeitos retroativos, instalar-se-ia a absoluta insegurança jurídica. Nada do que ocorreu no passado

poderia ser jamais considerado definitivo pelos particulares, já que, a qualquer momento, a questão poderia ser revista por um novo entendimento do Judiciário. É evidente que uma construção nesse sentido seria totalmente incompatível com a ordem constitucional brasileira. A *boutade* de que no Brasil até o passado é incerto não fornece boa doutrina¹²².

Dessa feita, observe-se novamente o que foi sustentado no capítulo 2 deste trabalho. A jurisprudência, em verdade, cumpre o papel de matizar a significação concreta do que a lei enuncia em abstrato. Ressalte-se, entretanto, que essa questão ganha ainda mais relevo quando se põe em análise as Cortes Superiores, haja vista que são elas as responsáveis por dar a última palavra nas matérias de sua competência.

Assim, costuma-se dizer que as decisões judiciais, em especial as proferidas por Tribunais Superiores, criam enunciados sobre as normas. Por essa razão, afirma-se, ao fim, que o Judiciário possui uma espécie de poder normativo.

Como já aduzido anteriormente, todos os Poderes estão sujeitos ao princípio da segurança jurídica. Dessarte, observa-se que também os enunciados criados judicialmente têm, por óbvio, que se conformarem a ele, de modo a alcançarem a calculabilidade, a confiabilidade e a cognoscibilidade.

Além disso, não se pode olvidar que, por essa mesma razão, também deve a jurisprudência sujeitar-se aos princípios da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade. Isso, inclusive, por uma questão de simetria entre os Poderes. Ora, seria desarrazoado entendermos que apenas o Poder Legislativo, na sua competência de criação de normas jurídicas, está limitado por tais princípios, enquanto o Poder Judiciário, que efetivamente cria enunciados sobre as normas, a eles não se sujeita, de forma a vulnerar as inúmeras situações jurídicas consolidadas e as legítimas expectativas dos cidadãos.

Diante dessas considerações, cumpre fazer algumas anotações acerca um importante argumento utilizado por alguns Tribunais¹²³ contra a possibilidade de aplicação do *prospective overruling* ao sistema jurídico brasileiro: a ausência de previsão legislativa.

¹²² BARROSO, *Mudança de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*, p. 20

¹²³ Cf., a propósito, a decisão proferida pela Primeira Seção do STJ nos Embargos de Divergência no REsp nº 738.689/PR, de Relatoria Min. Teori Zavascki: "TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. "MODULAÇÃO TEMPORAL" DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-lei 1.722/79), seja pelo

Assim, observa-se que os Tribunais Superiores têm negado a possibilidade de aplicação do *prospective overruling* por não estar ele positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a resposta adequada para esse problema se encontra, essencialmente, no princípio da segurança jurídica. Isso porque, enquanto princípio constitucional, a segurança jurídica possui uma carga normativa em si, que seria por si só suficiente para ensejar a aplicação da modulação de efeitos pelas Cortes Superiores. A esse respeito, cumpre ressaltar o que ensina o professor Luís Roberto Barroso:

O reconhecimento da normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (...). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

Assim, o julgador está plenamente autorizado a aplicar o *prospective overruling* nos casos concretos, tendo em vista o princípio da segurança jurídica. Isso porque, enquanto norma constitucional¹²⁴, a segurança jurídica não depende da existência de uma norma infraconstitucional para que possa atuar no ordenamento jurídico, sendo eficaz por si só. Note-se que esse entendimento é consonante àquele sustentado pelo Ministro Gilmar Mendes acerca do controle difuso de constitucionalidade e que foi adotado pelo STF.

fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT). 2. 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" da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados. 3. Embargos de divergência improvidos." (Embargos de Divergência no REsp nº 738.689/PR, Rel. Min. Teori Zavasck, DJe 22/10/2007)

¹²⁴ Segundo uma perspectiva neoconstitucionalista, a Constituição é vista como uma unidade, tendo todo o seu conteúdo (tanto as regras como os princípios) força normativa. Daí vem a ideia de máxima efetividade da Constituição. Em outras palavras, considera-se que a Constituição tem, por si só, plena efetividade, não havendo necessidade que sobrevenha uma norma inferior para lhe dar eficácia. Assim, os princípios tem de ser aplicados no caso concreto, ainda que ausente norma regulamentadora.

Naquela oportunidade, assentou-se que o art. 27 da Lei 9.868/99 é meramente interpretativo, apenas explicitando algo já assegurado pela Constituição.

Isso posto, tendo em vista os ditames da calculabilidade, confiabilidade e cognoscibilidade, observa-se que a segurança jurídica não só autoriza, mas também impõe a necessidade da modulação de efeitos quando da alteração de entendimento pretoriano, a fim de se evitar uma ruptura no sistema.

Observa-se, por fim, que o *prospective overruling* é, em verdade, uma maneira de concretizar os ditames constitucionais. Por essa razão, não apenas ao STF ele se restringe, devendo todos os Tribunais Superiores aplicá-lo nas suas respectivas competências.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, percebe-se que o *prospective overruling*, embora proveniente do *Common Law*, possui plena aplicabilidade no direito brasileiro, à luz do princípio da segurança jurídica. Assim, todos os Tribunais Superiores, quando competentes por determinada matéria em única ou última instância, poderiam modular os efeitos de suas decisões, diante da alteração de uma jurisprudência consolidada.

Ao longo deste trabalho, observou-se que a função teleológica do instituto da modulação de efeitos é, além de salvaguardar o excepcional interesse, assegurar a segurança jurídica. Dessarte, cumpre ao Tribunal, no caso concreto, utilizar-se da técnica de ponderação de interesses, buscando sopesar o princípio da nulidade, por um lado, e os demais valores constitucionais relevantes, do outro.

Ademais, ao estudarmos a modulação de efeitos em sede de controle difuso, pelo caso *Mapp v. Ohio*, percebeu-se que a ausência de previsão legal não é suficiente para negar a sua aplicação pelos Tribunais brasileiros. Inicialmente, porque os princípios constitucionais (em especial, a segurança jurídica) são aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, não havendo sentido em sua restrição ao controle abstrato. Além disso, é importante notar que, embora o precedente ocorra em sede de controle difuso, não se pode olvidar que os seus efeitos não são apenas *inter partes*, gerando repercussões gerais e abstratas.

Nesse ínterim, buscou-se demonstrar que também a jurisprudência gera repercussões para além das partes envolvidas nos processos. Observou-se que os precedentes atuam revelando o sentido que há por trás das normas e definindo qual das possíveis interpretações deve ser aplicada na realidade. Assim, afirmou-se que a jurisprudência é uma fonte do direito extremamente relevante e utilizada não apenas pelos próprios Tribunais, mas também por todos os cidadãos nas suas práticas diárias. Com efeito, notou-se que dela sobressai uma espécie de caráter normativo, na medida em que não cria direitos, mas efetivamente cria enunciados que neles recaem.

Concluiu-se, pelo exposto e por uma questão de simetria entre os Poderes, que também a jurisprudência deve ser vista à luz da segurança jurídica. Esse princípio, por sua vez, é considerado um dos mais célebres no ordenamento constitucional pátrio e é tido como uma das bases de um Estado Democrático de Direito.

Na Constituição brasileira de 1988, a segurança foi mencionada no preâmbulo, vista como um dos objetivos de um Estado Democrático e como um valor supremo de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”; foi inserida no rol de direitos e garantias individuais, podendo ser vislumbrada no caput do art. 5º; bem como também foi arrolada como um direito social, previsto no art. 6º. Assim, é inegável a sua importância no ordenamento jurídico pátrio.

Trata-se, em verdade, um preceito direcionado aos três Poderes: ao Legislativo, na produção de normas jurídicas; ao Executivo, na concretização de mandamentos legais; e ao Judiciário, nas decisões que profere. Observou-se que a segurança jurídica tem, como finalidade, o alcance de um estado de confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade.

Tendo em vista esses conceitos, explanados nos capítulos 1 e 3, pôde-se vislumbrar como o *prospective overruling* se justifica, fundamentalmente, para assegurar a segurança jurídica. Isso porque, enquanto norma constitucional, não depende da existência de uma norma infraconstitucional para que possa atuar no ordenamento jurídico, sendo eficaz por si só. Assim, entende-se que, embora não haja uma previsão positivada, o julgador está plenamente autorizado a aplicá-lo nos casos concretos; utilizando-se, analogicamente, o procedimento previsto no art. 27 da Lei 9868/99.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: poderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre a Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15. Salvador: Direito Público, jan/mar 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: *Revista de Direito PGE-GO*, v. 21. Goiânia: Centro de Estudos Jurídicos, 2001.

_____. Mudança de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. In: *Revista de direito do Estado*, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012

BAHIA. *Lei nº 7.619*, de 30 de março de 2000. Cria o município de Luís Eduardo Magalhães, desmembrado do município de Barreiras.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 20*, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

_____. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 41*, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.

_____. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 47*, de 05 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências.

_____. Constituição (1988). *Emenda Constitucional n° 57*, de 18 de dezembro de 2008. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios.

_____. *Decreto-lei n° 491*, de 05 de março de 1969. Estímulos fiscais à exportação de manufaturados.

_____. *Decreto-lei n° 1658*, de 24 de janeiro de 1979. Extingue o estímulo fiscal de que trata o artigo 1º do Decreto-lei n° 491, de 5 de março de 1969

_____. *Decreto-lei n° 1722*, de 03 de dezembro de 1979. Altera a forma de utilização de estímulos fiscais às exportações de manufaturados e dá outras providências.

_____. *Decreto-lei n° 1724*, de 07 de dezembro de 1979. Dispõe sobre os estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do Decreto-lei n° 491, de 5 de março de 1969.

_____. *Decreto-lei n° 1894*, de 16 de dezembro de 1981. Institui incentivos fiscais para empresas exportadoras de produtos manufaturados e dá outras providências.

_____. *Lei n° 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

_____. *Lei n° 8.742*, de 07 de dezembro de 1992. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

_____. *Lei n° 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n.º 166*, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ag 250.914/DF*, Relator Min. José Delgado, Primeira Turma. Julgado em 13.04.2000. DJ 15.05.2000

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ag 398.267/DF*, Relator Min. Francisco Falcão, Primeira Turma. Julgado em 15.08.2002. DJ 21.10.2002

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ag 472.816/DF*, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma. Julgado em 13.12.2001. DJ 16.12.2002

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 396.836/RS*, Relator Min. Teori Zavascki, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, Primeira Seção. Julgado em 08.03.2006. DJ 05.06.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 738.689/PR*, Relator Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção. Julgado em 27.06.2007. DJ 22.10.2007

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 295.054/SC*, Relator Min. Franciulli Netto, Segunda Turma. Julgado em 16.12.2003. DJ 29.03.2004

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 329.271/RS*, Relator Min. José Delgado, Primeira Turma. Julgado em 28.08.2001. DJ 08.10.2001

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 331.141/SC*, Relator Min. Luiz Fux, Decisão Monocrática. DJ 06.03.2002

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 440.306/RS*, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 17.12.2001. DJ 24.02.2003

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 449.471/RS*, Relator Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma. Julgado em 20.11.2003. DJ 16.02.2004

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 529.323/RS*, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 28.10.2003. DJ 17.11.2003

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2076/AC*, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno. Julgado em 15.08.2002. DJ 08.08.2003

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.154/DF*, Relator Min. Dias Toffoli.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.240/BA*, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgado em 09.05.2007. DJe 03.08.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.258/DF*, Relator Min. Dias Toffoli.

_____. Supremo Tribunal Federal. *CC 7.204*, Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 29.06.2005. DJ 09.12.2005

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inq 687 QO*, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno. Julgado em 25.08.1999. DJ 09.11.2001

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 197.917/SP*, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. Julgado em 06.06.2002. DJ 07.05.2004

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 353.657*, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgado em 25.06.2007. DJe 07.03.2008

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 442.683*, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma. Julgado em 13.12.2005. DJ 24.03.2006

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 583.050*, Relator p/ acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Penal. Julgado em 20.02.2013. DJe 11.06.2013

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 586.453*, Relator p/ acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Penal. Julgado em 20.02.2013. DJe 06.06.2013

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 630.733/DF*, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgado em 15.05.2013. DJe 20.11.2013

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 637.485/RJ*, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgado em 01.08.2012. DJe 21.05.2013

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 4374*, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgado em 18/04/2013. DJe 04.09.2013

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR 37500-76.2005.5.15.0004*, Relator Min. Vieira de Mello Filho, 4ª Turma. Julgado em 28.11.2012. DJe 07.12.2012

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. In: *Revista Diálogo Jurídico*, n. 16. Salvador: Direito Público, mai/ago 2007.

DELGADO, José Augusto. *A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc>. Acesso em 11 jun. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961

_____. Suprema Corte. *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 1949

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução: Manuel A. D. de Andrade. 2ª Ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucesso, 1963

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003

FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 15 abr 2014.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da*

Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano*, liber primus: introdução ao direito romano. Tradução: Hécio Maciel França Madeira. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

MARINONI, *Segurança dos Atos Jurisdicionais (Princípio da –)*. Disponível em <http://marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Princ%C3%ADpio-da-Seguran%C3%A7a-dos-Atos-Jurisdicionais-MARINONI.pdf>. Acesso em 09 jun. 2014

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

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentários à Lei n. 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012

_____, *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011

POLETTI, Ronaldo. *Elementos de direito romano público e privado*. 1ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

_____, *Introdução ao direito*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução: Ellen Gracie Northfleet, In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 122. São Paulo: Ed. Jurídica Vellenich, S. Paulo, mar/1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Almir do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei nº 9.784/99)*. In: *Revista de Direito Administrativo*. vol. 237. julho/setembro de 2004. p. 280.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004