



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

EFICÁCIA RETRO-OPERANTE DA ALTERAÇÃO E DO CANCELAMENTO DOS
ENUNCIADOS DE SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES:
UMA ANÁLISE DA QUESTÃO À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

LUIZ HENRIQUE DAMASCENO DE MOURA

Brasília - DF
2014

Luiz Henrique Damasceno de Moura

EFICÁCIA RETRO-OPERANTE DA ALTERAÇÃO E DO CANCELAMENTO DOS
ENUNCIADOS DE SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES:
UMA ANÁLISE DA QUESTÃO À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, sob
orientação do Prof. Dr. Jorge Amaury Maia
Nunes, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel.

Brasília

2014

Luiz Henrique Damasceno de Moura

EFICÁCIA RETRO-OPERANTE DA ALTERAÇÃO E DO CANCELAMENTO DOS ENUNCIADOS DE SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ANÁLISE DA QUESTÃO À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

O candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes

Membro: Professor Doutor Henrique Araújo Costa

Membro: Professor Mestre Rafael Santos de Barros e Silva

Membro Suplente: Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes

Brasília, Junho de 2014

Para os meus pais, Aniceto e Nilza, que sempre acreditaram que com esforço e educação é possível chegar mais longe.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me guiado até aqui;

A meus pais, Aniceto e Nilza, que insistem em acreditar em mim mais do que eu mesmo, pelo apoio diário e incentivo em todos os momentos;

À minha irmã, Ana Karoline, exemplo de força e superação;

À minha namorada, Isabela Lima, o que de melhor eu levo da UnB, minha companheira durante toda a graduação e para o resto da vida;

Aos meus familiares, em especial, minha tia Ivani Santos de Moura, que sempre me incentivou a lutar pelos meus objetivos;

Ao professor Jorge Amaury, que, mesmo após sua aposentadoria da Universidade de Brasília para desfrutar de um merecido descanso depois de longos anos dedicados à casa, aceitou me orientar na elaboração do presente trabalho e o fez com excelência, como era de se esperar;

Aos amigos que fiz na UnB e levo para toda a vida, especialmente o Alexandre Aires, companheiro de risadas e de aflições;

Aos professores que participaram direta ou indiretamente da minha formação, em especial, Henrique Araújo Costa e Rafael Santos de Barros, que, além de compartilharem comigo um pouco de seu conhecimento, aceitaram participar da banca examinadora do presente trabalho;

A todos aqueles que torcem pelo meu sucesso, registro meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

A questão relativa ao efeito retro-operante da alteração da jurisprudência dos tribunais superiores, principalmente a consolidada em enunciados de súmula, é um tema que está em destaque nos debates jurídicos contemporâneos e foi objeto de especial preocupação no projeto do novo Código de Processo Civil, ainda em tramitação no Congresso Nacional. A doutrina dos precedentes obrigatórios, desenvolvida no sistema do *common law*, produziu importantes influxos no direito brasileiro, filiado à corrente do *civil law*, e a ideia de que o juiz seria responsável apenas por revelar o direito já existente, não o criando, difundida amplamente pelos teóricos da revolução francesa, que pretendiam limitar o poder dos juízes, já foi há muito superada. As decisões reiteradas dos tribunais superiores produzem efeitos para fora do processo, criando pautas de condutas para os cidadãos, que passam a conformar suas ações com o entendimento preconizado pelo Poder Judiciário, confiando na continuidade daquela orientação e na preservação dos atos praticados em conformidade com ela. A segurança jurídica constitui objetivo fundamental do Direito e, embora os câmbios de jurisprudência sejam naturais no ordenamento jurídico, não podem ser recorrentes e frustrar as expectativas legítimas da sociedade.

Palavras-chave: Jurisprudência. Criação do Direito. Segurança jurídica. Proteção da confiança.

RESUMEN

La cuestión del efecto retro-operatorio de los cambios de la jurisprudencia de los tribunales superiores, principalmente las consolidadas en enunciación, es un tema que se destacó en los debates jurídicos contemporáneos y fue motivo de especial preocupación en el nuevo Código Procesal Civil, en curso en el Congreso Nacional. La doctrina del precedente vinculante, desarrollada en el sistema del *common law*, produjo afluencias significativas en el derecho brasileño, afiliado al sistema del *civil law*, y la idea de que el juez sería responsable sólo de revelar el derecho existente, no crear, ampliamente difundida por los teóricos de la Revolución Francesa, que pretendía limitar el poder de los jueces, desde hace mucho tiempo se ha superado. Las reiteradas decisiones de los tribunales superiores tienen efectos fuera del proceso, creando directrices para el comportamiento de los ciudadanos, que pasan a conformar sus acciones a la comprensión del poder judicial, confiando en la continuidad de la orientación y la preservación de los actos de acuerdo con ella. La seguridad jurídica es un objetivo fundamental del derecho, y aunque el cambio de la jurisprudencia es natural, no puede ser recurrente y frustrante de las expectativas legítimas de la sociedad.

Palabras clave: Jurisprudencia. La creación del derecho. Seguridad jurídica. Protección de la confianza.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 CRIAÇÃO DO DIREITO COM BASE NAS DECISÕES JUDICIAIS	12
1.1 Natureza jurídica da súmula (ato legislativo x ato jurisdicional)	12
1.2 Norma jurídica individual	16
1.3 Precedente judicial no Direito Brasileiro	21
2 SEGURANÇA JURÍCA E PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	28
2.1 Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança	28
2.2 Eficácia retro-operante da alteração e do cancelamento dos enunciados de súmula da jurisprudência dos tribunais	33
2.3 Previsibilidade das decisões judiciais x engessamento da jurisprudência ...	39
3 REVOGAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	41
3.1 Superação total e parcial do precedente (<i>overruling</i> e <i>overriding</i>)	41
3.2 Técnica da sinalização (<i>technique of signaling</i>)	44
3.3 <i>Overstatement</i>	45
3.4 Modulação de efeitos das decisões judiciais.....	47
4 CONCLUSÕES	51
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

Com intuito de fornecer uma orientação para os julgadores que se depararem com situação semelhante no futuro e fazer frente ao grande número de ações que têm sido submetidas à apreciação do Poder Judiciário, cada vez mais os tribunais têm editado enunciados de súmula da sua jurisprudência, uniformizando o entendimento da corte a respeito de determinada matéria.

Ocorre que, não raras as vezes, esses enunciados são alterados ou cancelados, sem que o dispositivo legal ou constitucional em que se fundou aquela interpretação tenha sofrido qualquer mudança. Isso decorre do avanço (ou retrocesso em alguns casos) da jurisprudência, que se deve a vários fatores, como a evolução da sociedade, a renovação dos membros da corte ou mesmo a mudança de entendimento dos antigos, o que não pretendemos abordar nesse trabalho, para não desviar demais da discussão principal.

Tradicionalmente, os Tribunais Superiores e o STF aplicam os entendimentos que resultaram em alterações ou cancelamentos de súmula retroativamente, sob o fundamento de que a jurisprudência não cria direito, ou seja, não inova no ordenamento jurídico, mas apenas revela o conteúdo da lei, o que encontra amparo em parte da doutrina. Nesse sentido, vide a lição de Paulo Nader:

Nos Estados que seguem a tradição romano-germânica, a cujo sistema vincula-se o Direito brasileiro, não obstante alguma divergência doutrinária, prevalece o entendimento de que o papel da jurisprudência limita-se a revelar o Direito preexistente. No Estado moderno, estruturado na clássica divisão dos três poderes, o papel dos tribunais não poderá ir além da interpretação ou integração do Direito a ser aplicado. Se os juízes passassem a criar o Direito, haveria uma intromissão arbitrária na área de competência do Legislativo¹.

Porém, essa suposta revelação do direito preexistente pode conduzir a resultados completamente distintos, a depender do juiz que analisa o caso. E mais!

¹ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 177.

causa inquietação a ideia de que é possível a duas situações idênticas serem dadas respostas diferentes por um mesmo tribunal, a depender não do momento do fato jurídico, mas do julgamento da causa, em virtude da mudança da jurisprudência. Por isso, parte deste trabalho ocupa-se da análise da doutrina dos precedentes vinculantes, examinando o seu desenvolvimento nos sistemas do *common law* e do *civil law*, especialmente o caso do direito brasileiro.

Pois bem, a edição de um enunciado de súmula da jurisprudência de um tribunal corresponde à consolidação do entendimento já reiterado da corte, ou seja, decorre de uma continuidade na jurisprudência diante de uma determinada situação e, por isso, é marcada por certo grau de previsibilidade.

Todavia, a mesma afirmação não pode ser feita nos casos de alteração ou cancelamento de um verbete, pois isso representa uma ruptura com um entendimento anteriormente adotado pelo tribunal, que, certamente, gerou expectativas nos jurisdicionados, que tiveram que adaptar o seu comportamento à orientação anterior.

A discussão não é tão simples, merecendo uma reflexão maior, sempre pautada pela segurança jurídica e pelo interesse público, e nos parece que o ordenamento jurídico pátrio tem evoluído no sentido de admitir que o intérprete da lei module os efeitos das suas decisões em determinadas situações, com base nesses critérios.

A possibilidade de limitação da eficácia temporal das decisões judiciais por razões de segurança jurídica e interesse público já constou das Leis n^{os} 9.868/99 (artigo 27) e 9.882/99 (artigo 11), que tratam, respectivamente, do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal. Vale lembrar que essa Corte, por construção jurisprudencial, estendeu tal técnica para o controle difuso de constitucionalidade.

A mesma regra foi adotada na Lei n^o 11.417/06, que regula a edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes (art. 4^o).

Na seara administrativa, a Lei nº 9.784/99 (artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII) foi além dos diplomas acima mencionados e vedou expressamente a aplicação retroativa de nova interpretação da norma, tamanha a preocupação com a segurança jurídica e o interesse público. Por sua vez, o CTN (artigo 146) proíbe a aplicação a fatos geradores já ocorridos de modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento.

Avançando nesse sentido, a última versão projeto do novo CPC, aprovada pela Câmara dos Deputados em 26.03.2014, em seu art. 520, § 10, dispõe que:

Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos².

Em vista do exposto, é possível perceber a importância e atualidade do tema nos debates jurídicos no campo da Teoria Geral do Direito.

A fim de restringir o âmbito de investigação do presente trabalho, a análise sobre a eficácia retro-operante das súmulas dos tribunais será focada na atuação das Cortes Superiores e do STF. Isso porque a discussão será pautada por critérios de interesse público e segurança jurídica e examinar a repercussão nesses postulados em caso de alteração ou cancelamento dos enunciados de súmula de tribunais inferiores é uma questão que merece um trabalho à parte, uma vez que envolve certas peculiaridades, como a possibilidade de existir divergência entre tribunais de mesma estatura ou de um tema estar pacificado numa corte e ainda em discussão em outra. Não se nega, entretanto, que muito do que será tratado mais adiante aproveita a essa discussão.

No cenário desta problemática é que o presente trabalho se insere. O primeiro capítulo é destinado a uma análise sobre a criação do Direito com base nas

²

Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=851D1C259986BD5BA80D92F2FDD13886.proposicoesWeb2?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010> Acessado em 16.05.2014

decisões judiciais, a natureza jurídica da súmula e a aplicação da teoria dos precedentes judiciais nos sistemas do *common law* e do *civil law*.

O segundo capítulo, por sua vez, trata da segurança jurídica e da necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico e, por conseguinte, previsibilidade das decisões judiciais, como objetivo fundamental do Direito, sem que isso implique engessamento da jurisprudência dos tribunais.

Por fim, no terceiro e último capítulo são examinadas algumas técnicas de proteção da confiança dos jurisdicionados em face da revogação da jurisprudência, inclusive na experiência de outros países, e a possibilidade de sua aplicação ao caso brasileiro.

1. CRIAÇÃO DO DIREITO COM BASE NAS DECISÕES JUDICIAIS

1.1 Natureza jurídica da súmula (ato legislativo x ato jurisdicional)

Enquanto no sistema do *Common Law* o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisprudência, no *Civil Law*, a sua principal fonte é a lei, adquirindo as demais, segundo Reale, um valor secundário³. No segundo, é comum a afirmação de que o precedente judicial não possui, em regra, o mesmo efeito vinculante que se verifica no primeiro – o juiz julga segundo a lei e conforme a sua consciência⁴. Todavia, a jurisprudência é reconhecida ao menos como fonte de interpretação do Direito e, por isso, é importante distinguir o ato legislativo do jurisdicional, principalmente quando se admite, no plano dos fatos, um ativismo judicial no Brasil.

A divisão das funções do Estado ganhou força na obra *Do Espírito das Leis*, de Montesquieu, quando o autor previu, além das atividades executivas e legislativas, a judiciária separada. *In verbis*:

Há em cada Estado, três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos, simplesmente, “o poder executivo do Estado”⁵.

³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 131-132.

⁴ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 211.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 167.

Ao poder legislativo foi reservada a função de editar leis, corrigi-las ou abrogá-las, enquanto que o poder executivo das coisas que dependem do direito civil consiste na função de punir os crimes e julgar as questões dos indivíduos.

Em outra passagem, tentando mais bem explicitar as funções que seriam exercidas pelo Estado com base nos poderes acima mencionados, o autor afirma que o legislativo e o executivo das coisas que dependem do direito das gentes seriam dados a magistrados ou a corpos permanentes, porque não atuam sobre nenhum indivíduo, e o primeiro seria responsável por revelar a vontade geral do Estado, enquanto que o segundo tão-somente executaria essa vontade. Já o poder de julgar não seria dado de forma permanente a um senado, mas, sim, exercido por representantes do povo de forma temporária para compor um tribunal que durasse apenas o tempo necessário, de modo que a sociedade temeria a magistratura e não os magistrados⁶. Tornou-se célebre a passagem em que o autor afirma que os juízes não seriam “mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”⁷.

Fica evidente a preocupação de Montesquieu de restringir o exercício do poder de julgar, que interfere diretamente nas questões dos indivíduos ou decide sobre a punição de crimes, o que o tornou um dos autores mais consultados pelos teóricos da revolução francesa. No período que antecedeu a revolução, os magistrados franceses integravam a aristocracia e interpretavam a legislação de modo a atender aos seus interesses e de seus protegidos e manter o *status quo*⁸. Daí, porque uma das principais preocupações dos teóricos da revolução foi de limitar o poder dos juízes.

Todavia, nos ordenamentos jurídicos modernos, independentemente da tradição jurídica a que o país esteja vinculado, parece inevitável a conclusão de que a atuação dos juízes, mais do que simplesmente pronunciar as palavras da lei, é fonte de construção do Direito, o que será abordado em tópico próprio.

⁶ Ibidem, p. 167.

⁷ Ibidem, p. 173.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 52.

No *Civil Law*, essencialmente, o que difere os atos legislativos dos jurisdicionais é o processo por meio do qual eles criam o Direito. No exercício da jurisdição, o agente (juiz) encontra-se jungido a limites processuais e assume um comportamento passivo e imparcial, não podendo dar início ao processo de ofício ou resolver questões nas quais tenha interesse direito, devendo, ainda, observar os postulados da ampla defesa e do contraditório, em que às partes envolvidas é assegurado o direito de participar do processo decisório e formular requerimentos⁹.

Já o processo legislativo é deflagrado de acordo com um juízo de oportunidade do agente e o seu principal limite é a Constituição, que estabelece as suas regras e institui garantias que não poderão ser suprimidas ou alteradas. Os atores envolvidos no processo podem ter interesse no seu objeto. Não obstante exista a possibilidade de serem realizadas audiências públicas para que os grupos de interesse da sociedade participem da decisão, tal providência não é requisito para a validade do ato, mas é de uma característica importada do processo judicial, tanto que o fenômeno foi chamado de judicialização¹⁰. O ato resulta, ainda, em uma norma geral e abstrata, direcionada a todos e com efeito vinculante, ao contrário do que ocorre na decisão judicial, que constitui uma norma jurídica individual.

Contudo, dessas definições, a edição de uma súmula não se enquadra com perfeição nem no ato legislativo, nem no judicial.

Ao tentar definir a natureza jurídica da súmula vinculante, Jorge Amaury Nunes classifica essa como ato político, pelos seguintes motivos:

Ora, a jurisdição incide sobre (a) relação jurídica ou (b) direitos formativos. Em ambos os casos, incide sobre atividade de partes que terão, com a entrega da prestação da atividade jurisdicional, uma resposta sobre almejado bem da vida.

Na elaboração da súmula vinculante, nada disso acontece. Não se disputa sobre bem da vida, e, ao final do procedimento instituído para a edição da súmula, ninguém tem efetivamente atribuído a si nenhum bem da vida. Ninguém pediu nada e ninguém ganhou nada. Não houve nenhuma atividade do Estado de natureza substitutiva (Chiovenda) e

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 74-76.

¹⁰ *Ibidem*, p. 77.

autoritativa (Calmon de Passos) que pudesse caracterizá-la como jurisdicional.

O único e insuficiente ponto de contato da edição da súmula com a atividade jurisdicional é que ambos, em regra, são exercidos por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário somente. Só isso.

...

Não se pode emprestar aplauso às tentativas de situar essa atividade de controle como sendo uma atividade de legislação, porque, como demonstrado em momento anterior com arrimo nas considerações expendidas por Jorge Miranda, o editor da súmula vinculante seria estranho órgão legislativo que não só está subordinado a um outro órgão, que não só não pode fazer lei quando o entender, como também é órgão que se vincula *ad futurum* às suas mesmas decisões e interpretações da lei.

Trata-se, isso sim, de controle político, que atua no momento normativo da regra, ainda que se possa tomá-lo por formalmente jurisdicional¹¹.

É bem verdade que a análise do autor se refere à súmula vinculante, que tem como principal característica a sua observância obrigatória pelos órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta. Porém, vale ressaltar a conclusão lançada por Marinoni, no sentido de que não há distinção ontológica entre as súmulas vinculantes e as de caráter persuasivo do Supremo Tribunal Federal, pois, em razão da função desta Corte, não há como ter unidade do Direito, por meio da Constituição, quando as suas decisões podem ser desrespeitadas pelos demais tribunais, de modo que o ordenamento jurídico não precisa dizer que as súmulas do STF, “cuja missão é dar sentido único ao direito mediante afirmação da Constituição”, têm eficácia vinculante¹².

Recorrendo ao raciocínio exposto no parágrafo anterior, é possível concluir que as súmulas dos Tribunais Superiores também são dotadas de força obrigatória, uma vez que esses órgãos são responsáveis pela unidade do direito quando a discussão se limita a matéria infraconstitucional. Assim, Marinoni, analisando a principal função do STJ, arremata: “se a esta Corte cabe uniformizar a interpretação da lei

¹¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-127, versão digital.

¹² Op. cit., p. 486-487.

federal e, se for o caso, cassar a interpretação destoante, as suas decisões certamente deve se impor sobre os tribunais inferiores”¹³.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. chega até a afirmar que as súmulas editadas tanto pelos Tribunais Superiores como pelo STF obrigam no plano dos fatos, visto que exprimem uma uniformidade dos órgãos aplicadores do Direito, *in verbis*:

[...] Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que, a rigor, obrigam não porque estão previstas expressamente pelo sistema normativo, mas porque representam o modo pelo qual certos casos são, via de regra, julgados pelo Tribunal Superior, assinalando, assim, certa uniformidade na atividade dos órgãos aplicadores do Direito. As normas de validade fática são, pois, aquelas que expressam esta atividade do aparelho sancionador do Estado. De modo geral, o apelo do jurista, no estudo de um instituto jurídico, às decisões da jurisprudência representa, assim, um recurso à validade no sentido fático¹⁴.

Nesse cenário, tal qual a súmula vinculante, a de caráter persuasivo é juízo político, que opera a delimitação do sentido, validade e eficácia das normas constitucionais e legais.

1.2 Norma jurídica individual

Para uma investigação a respeito da eficácia retro-operante das mudanças na jurisprudência, é essencial fazer uma análise sobre a criação do Direito com base nas decisões judiciais.

Nos Estados Democráticos filiados à tradição romanista, do Direito Codificado, a sua fonte por excelência é a lei. Há uma supremacia do processo legislativo como criador de direitos e obrigações.

¹³ Op. cit., p. 98.

¹⁴ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 59

Porém, isso não afasta outras fontes necessárias à manutenção e integração do ordenamento jurídico, ainda que subordinadas à lei. A sociedade encontra-se em processo de constante evolução e a cada dia surgem novos problemas com consequências jurídicas. A realidade fática é muito mais rica do que a o legislador pode prever. As leis não conseguem descrever todas as condutas possíveis e estabelecer uma consequência para elas, embora o Estado-Juiz não possa deixar de oferecer uma resposta para problemas jurídicos submetidos à sua apreciação.

Nesse sentido, Larenz assevera que “mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei”¹⁵. E os juízes não podem ser furtar de resolver o conflito do caso concreto.

Ao tratar do tema fontes do Direito, Miguel Reale as define como “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”¹⁶. O Autor indica como fontes o processo legislativo, a jurisdição, os usos e costumes e os negócios jurídicos.

Como já visto no presente trabalho, Montesquieu demonstrou uma especial preocupação em negar a possibilidade de criação do Direito pelo juiz, que deveria exercer uma atividade meramente cognitiva.

Entretanto, a prática foi enfraquecendo a ideia de que os julgadores não estariam autorizados a interpretar as leis, o que pode ser percebido nitidamente com a alteração da feição da Corte de Cassação francesa, que, inicialmente, tinha apenas a atribuição de limitar o poder judicial, cassando as decisões que se afastassem do direito criado pelo parlamento e, posteriormente, passou a definir qual seria a interpretação correta das leis, adquirindo aspecto de órgão jurisdicional¹⁷.

¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997, p. 519.

¹⁶ Op. cit. p. 130

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Op. cit., p. 60-61.

Dois séculos mais tarde, Kelsen, expositor do positivismo, ao tratar do problema da interpretação do Direito, rechaça a ideia de que o juiz exerceria uma mera atividade cognitiva. O autor ensina que:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto¹⁸.

Assim, na interpretação da lei, norma jurídica geral e abstrata, o juiz tem a função de revelar o seu conteúdo, proferindo a decisão do caso concreto. Porém, ainda segundo o autor, essa interpretação não conduz a um único resultado correto¹⁹, ou seja, o juiz estará sempre diante de pelo menos duas soluções que podem ser extraídas da norma geral. A interpretação cognoscitiva (operação de conhecimento) da norma aplicável ao caso combina-se com um ato de vontade em que o juiz realiza uma escolha entre as possibilidades reveladas pela mesma interpretação, produzindo uma norma de escala inferior – a norma jurídica individual –, criando, portanto, o Direito²⁰. Trata-se de uma indeterminação do ato de aplicação do Direito, ou seja, a fixação de uma norma geral pressupõe a continuidade do processo de determinação das normas jurídicas, que nunca seria completa entre uma norma superior (geral) e uma inferior (individual).

Conquanto não se admita a afirmação de que da interpretação da norma jurídica geral nunca decorre apenas um único resultado correto, pois há situações em que da lei não há como extrair mais de uma conclusão, Kelsen tem razão quando afirma que, ao interpretar o Direito, o juiz está criando uma norma. Seguindo essa linha, oportuno citar a lição de Mauro Cappelletti no sentido de que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 247.

¹⁹ *Ibidem*, p. 248.

²⁰ *Ibidem*, p. 249.

inerente a toda interpretação, uma vez que “o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”²¹. Diante disso, autor adverte que o importante não é discutir se o Direito é ou não criado com base nas decisões judiciais, mas, sim, qual seria o grau, modo, limites e aceitabilidade dessa criação²².

Marinoni, tecendo considerações acerca do sistema do *common law*, afirma que a interpretação não resulta em direito novo, porque pressupõe uma norma anterior, *in verbis*:

quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há evidente direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo²³.

Porém, o fato de a interpretação judicial partir de um direito preexistente não afasta a ideia de que o juiz cria o Direito, embora seja claro que o poder de criação do julgador encontra-se jungido a uma moldura que decorre da norma que está sendo interpretada, tal como afirmado por Kelsen²⁴.

Aliás, em determinadas situações, a função criadora dos juízes fica bem mais nítida. Carneiro Jr., valendo-se da lição de Arruda Alvim, chega a afirmar que, nos casos fáceis não há espaço para o juiz exercer a sua criatividade, que só tem lugar na discussão dos *hard cases*, em que existe conflito entre diferentes normas e princípios incidentes sobre a matéria²⁵.

De fato, tal como afirma Jorge Amaury Nunes, “a norma jurídica individual confirma as expectativas sociais, é fonte de criação de novas expectativas, justamente em decorrência da confirmação que realiza, alimentando a ideia de segurança, que é o

²¹ Op. cit., p. 21-22.

²² Ibidem, p. 21.

²³ Op. cit., p. 38.

²⁴ Op. cit., p. 246.

²⁵ CARNEIRO JR., Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. vol. 3. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 166.

fundamento do Direito”²⁶, ou seja, a decisão judicial produz efeitos que vão além das partes envolvidas no processo.

O conjunto harmônico de normas jurídicas individuais forma a jurisprudência do tribunal, que consiste no entendimento consolidado a respeito de determinada matéria e pode resultar na edição de um enunciado de súmula. É a resposta que a corte reiteradamente apresentou quando várias controvérsias semelhantes foram submetidas à sua apreciação.

Tercio Sampaio Ferra Jr. diz que a jurisprudência é fonte de interpretação da lei e não de criação do Direito, por isso, quando o juiz supre alguma lacuna legislativa se vale de um costume *praeter legem*²⁷. Contudo, em outra obra, intitulada Irretroatividade e jurisprudência judicial, o autor reconhece que os precedentes, principalmente dos tribunais superiores, com o tempo passam a ser identificados como o direito vigente, gerando uma expectativa de confiança²⁸.

A atividade de interpretação é carregada de certo grau de criação e, portanto, a jurisprudência não pode ser relegada ao papel secundário de mera fonte de interpretação das normas.

Isso gera não apenas uma orientação para os tribunais e juízes inferiores, mas uma expectativa na sociedade de que, num eventual conflito futuro que demande uma intervenção judicial, aquela será a resposta dada pelo juiz. A corroborar essa afirmação, Díez-Picazo, citado por Barros e Silva, afirma que o direito judicial tem que ter um passado e um futuro, ou seja, deve estar fundado em certa uniformidade e prévios critérios homogêneos e projetar-se para o futuro, como elemento diretivo a ser seguido pelos particulares destinatários das normas²⁹.

²⁶ Op. cit., p. 19, versão digital.

²⁷ Op. cit., p. 211.

²⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 13-14.

²⁹ SILVA, RAFAEL SANTOS DE BARROS E. **Câmbios de jurisprudência: venire contra factum proprium do poder judiciário**, p. 8.

No mesmo sentido, Cruz e Tucci afirma que o Judiciário “não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros”³⁰.

A jurisprudência dos tribunais sofre frequentes alterações, apontando novas soluções para os conflitos semelhantes a outros já examinados pelo tribunal. Reale defende que as constantes divergências entre decisões judiciais não revelam uma fragilidade da jurisprudência, mas reforçam a ideia de que o ato de julgar não se reduz a uma atividade passiva diante dos textos legais, implicando notável margem de poder criador³¹.

No ordenamento jurídico brasileiro, com exceção dos casos das súmulas vinculantes e das ações judiciais cuja decisão possui eficácia *erga omnes*, é comum a afirmação de que o exercício da jurisdição somente obriga as partes diretamente envolvidas na demanda e não toda a sociedade. Porém, isso não pode induzir à conclusão de que uma súmula de caráter persuasivo nem sequer gera uma expectativa para a sociedade, por isso a aplicação retroativa da alteração da jurisprudência a situações consolidadas à época em que prevalecia o entendimento anterior deve ser vista com cautela.

1.3 Precedente Judicial no Direito brasileiro

Primeiramente, impõe-se destacar, a fim de evitar eventuais equívocos, que, no direito inglês, nem toda decisão judicial constitui um precedente. Este só se configura quando a decisão for dotada de potencialidade de se firmar como paradigma

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

³¹ Op. cit., p. 158-158

para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados, o que permite concluir que todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão é um precedente³².

Nesse sentido, Didier, Braga e Oliveira definem precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”³³, ou seja, a norma surge de um caso específico, podendo tornar-se regra geral para uma série de casos análogos³⁴. Seria, portanto, um efeito exterior da norma jurídica individual.

Por sua vez, Cruz e Tucci, tendo em vista que o precedente judicial pressupõe uma decisão já proferida, o divide em duas partes, quais sejam: “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”³⁵.

O que pode ou não ter eficácia vinculante é a *ratio decidendi*, que não se confunde com o *obiter dictum*. Embora exista intensa discussão doutrinária acerca da conceituação dos dois elementos, para efeitos do presente trabalho, podemos nos valer da definição de Cruz e Tucci, no sentido de que a primeira “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”³⁶; já o segundo é “passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia”³⁷. Fazendo-se um exercício mental de inverter o teor do núcleo decisório, se a decisão permanecer a mesma, a tese não pode ser considerada *ratio decidendi*, mas, sim, *obiter dictum*.

Para se tornar um precedente, a decisão judicial deve, interpretando a norma legal, enfrentar os principais argumentos relacionados à questão de direito. Não seriam

³² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 215.

³³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. vol. 2., 4. ed. Salvador: JusPodivm, p. 381.

³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., p. 11-12.

³⁵ Ibidem, p. 12.

³⁶ Ibidem, p. 175.

³⁷ Ibidem, p. 177.

assim consideradas, então, as decisões que se limitam a reproduzir o que está escrito na lei ou aplicar um precedente³⁸.

Pela definição tradicional, precedente judicial também não se confunde com jurisprudência. Carneiro Jr. aponta diferenças em termos quantitativos e qualitativos entre os dois institutos, já que o precedente se refere à decisão de um único caso, constituindo regra universalizável, que pode ser aplicada a casos futuros, desde que presentes os elementos fáticos que conduziram à *ratio decidendi* do caso anterior; enquanto que a jurisprudência é formada pelo conjunto de decisões uniformes e constantes em vários casos concretos de um tribunal, no exercício da jurisdição³⁹.

No direito brasileiro, em geral, não há uma preocupação dos julgadores com os efeitos futuros da decisão judicial e parte dos tribunais e juízes ainda reluta em aceitar a vinculação às decisões dos Tribunais Superiores e do STF.

O precedente assumiu feições distintas nas duas tradições jurídicas ocidentais. No direito casuístico a sua eficácia é vinculante, enquanto que, no direito codificado, em regra, a doutrina majoritária defende que o seu efeito é meramente persuasivo, prestando-se a auxiliar o julgador no processo decisório⁴⁰. Nesse contexto, naturalmente o *common law* foi responsável pela maior parte do desenvolvimento da teoria do precedente vinculante.

Com o passar do tempo, houve uma nítida aproximação entre os modelos de juiz previstos nos sistemas do *common law* e do *civil law*. Atualmente, como adverte Marinoni, em países filiados ao primeiro, muito do direito jurisprudencial toma forma de interpretações explicativas da lei, sendo raro o seu desenvolvimento puro; já nos países filiados à tradição do direito codificado, houve uma superação da ideia ancorada nas razões da Revolução Francesa de que o juiz estaria proibido de interpretar a lei e a força do constitucionalismo e a atuação judicial de concretização de regras abertas

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Op. cit., p. 215-216.

³⁹ Op. cit., p. 142-147.

⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., p. 12-13.

delineou um modelo de julgador completamente distinto daquele inicialmente previsto⁴¹. Isso aproximou as técnicas e conceitos trabalhados nas duas tradições.

Em vista disso, torna-se cada vez mais relevante a discussão acerca da vinculação dos precedentes judiciais no direito brasileiro, pois o *stare decisis* (eficácia vinculante dos precedentes), se baseia na necessidade de igualdade, coerência, estabilidade da ordem jurídica e previsibilidade⁴², valores que, por óbvio, são inerentes aos dois sistemas.

Nesse sentido Marinoni expõe a sua preocupação com o tema, *in verbis*:

A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei⁴³.

No atual modelo de processo brasileiro, identifica-se uma preocupação do legislador em conferir maior uniformidade às decisões judiciais, por meio de institutos como a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em controle de constitucionalidade, a repercussão geral para os recursos extraordinários, o procedimento de julgamento de recursos especiais repetitivos e a edição de súmulas vinculantes. Percebe-se também uma crescente autoridade do precedente judicial mesmo nas hipóteses em que a legislação não lhe atribui expressamente eficácia vinculante, como na possibilidade de julgamento de improcedência do pedido sem citação do réu quando a matéria for unicamente de direito e já houver sido proferida sentença no juízo de total improcedência em situações idênticas e de o relator negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, ou mesmo dar-lhe provimento se a contradição for com a decisão impugnada, hipóteses previstas respectivamente nos arts. 285-A e 557, *caput*, do CPC e no caso de edição de súmula. Tais ferramentas não podem ser vistas como um mero mecanismo para facilitar a

⁴¹ Op. cit., p. 18-19.

⁴² Ibidem, p. 4.

⁴³ Ibidem, p. 101.

atividade do Judiciário, pois têm, também, o efeito de conferir maior segurança e estabilidade ao direito e garantir a aplicação do princípio da igualdade.

O modelo de precedente judicial que, de certa forma, já vem sendo observado pelo Poder Judiciário brasileiro distingue-se do clássico, porquanto o precedente, em regra, é formado pela jurisprudência, ao passo que no tradicional os julgadores se vinculam ao entendimento adotado em um único julgamento.

No sistema do *civil law*, geralmente os precedentes não possuem eficácia vinculante, porém, no caso brasileiro, em razão da função do STF e dos Tribunais Superiores de dar a interpretação final das normas constitucionais e infraconstitucionais, não há como negar a eficácia vinculante da jurisprudência dessas Cortes. Nesse sentido, Arruda Alvim ensina que “nos sistemas do *civil law*, de regra, precedentes começam a gozar de respeito quando formam a jurisprudência predominante. Ou quando se trata de um *leading case*”⁴⁴.

Tal função, aliás, pode ser verificada na estrutura piramidal da organização judiciária brasileira, em que os juízes de primeiro grau e tribunais estaduais e regionais devem adequar-se ao entendimento dessas Cortes⁴⁵ e uma eventual recalcitrância dos magistrados deve resultar na alteração da decisão, o que, por consequência, estimula a recorribilidade, contribuindo para a ineficiência da prestação jurisdicional.

Segundo Marinoni, originalmente, no direito brasileiro, as súmulas foram compreendidas como um mecanismo para facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem⁴⁶, abreviando a fundamentação da decisão nessas situações. Não tiveram, assim, uma pretensão de garantir a coerência da ordem jurídica, a igualdade ou a previsibilidade das decisões judiciais, mas apenas de desafogar o Poder Judiciário, o que as diferencia do precedente judicial.

Por outro lado, Carneiro Jr. defende que as súmulas foram instituídas também com o objetivo de conferir maior certeza ao Direito, *in verbis*:

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law***. Revista de Processo. vol. 172. jun. 2009, p. 132.

⁴⁵ CARNEIRO Jr., Amílcar Araújo. Op. cit., p. 145.

⁴⁶ Op.cit., p. 480.

Não somente o acúmulo de serviço pode ter servido de mote à instituição das súmulas, mas também a necessidade de se conferir maior certeza do Direito, pois, por intermédio dela, se identifica rapidamente a jurisprudência firme, cristalizada do Tribunal, trazendo segurança jurídica⁴⁷.

Fato é que, como extrato da jurisprudência do tribunal, a súmula é formada a partir do precedente e, por isso, sua aplicação deve observar determinados limites a este impostos, tais como o *distinguishing* (distinção entre o caso em julgamento e o paradigma), o que constantemente não é considerado pelos tribunais, que aplicam o enunciado sem examinar a identidade fática entre o precedente que lhe deu causa e o caso novo submetido a julgamento. Numa situação distinta daquela que deu origem ao precedente, este até pode ser utilizado na construção da fundamentação, mas não de forma indistinta, como se as situações fossem idênticas.

O projeto do novo CPC aprovado na Câmara dos Deputados no dia 26.03.2014 e ainda pendente de votação no Senado, reservou um capítulo especialmente para tratar do precedente judicial. O artigo 520 impõe aos tribunais o dever de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, editando enunciados de súmula na forma fixada nos regimentos internos. Já o artigo 521, em seus vários incisos, estabelece uma série de disposições, segundo o seu *caput*, para dar efetividade aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, dentre as quais merecem destaque as previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso IV, *in verbis*:

IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

- a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade.
- b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional⁴⁸.

⁴⁷ Op. cit., p. 254.

⁴⁸

Disponível

em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=851D1C259986BD5BA80D92F2FDD13886.proposicoesWeb2?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010> acessado em 16.05.2014

Se aprovado o texto como está, fica reconhecida expressamente a obrigação de os tribunais e juízes seguirem as decisões do plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade e da Corte Especial do STJ em matéria infraconstitucional. Tal vinculação, como já exposto, decorre da própria função desses Tribunais, não dependendo de previsão legal expressa para ser adotada.

Para que essa regra alcance os resultados desejados, é imprescindível o compromisso dos membros dos tribunais, pois, como já visto, o que pode vincular é a *ratio decidendi*, que nem sempre é fácil de ser extraída das decisões colegiadas, que às vezes mais parecem um conjunto de decisões individuais.

O núcleo essencial da decisão tem seu alcance delimitado no momento da aplicação do precedente, por isso os julgadores devem se empenhar para adotar uma fundamentação clara e objetiva, de modo a evitar uma orientação equivocada da sociedade e do próprio Judiciário.

2. SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

2.1 Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança

A segurança, em que se inclui a segurança jurídica, constitui um dos fundamentos do Estado de Direito. Em troca de segurança, os indivíduos abrem mão de uma parcela de sua liberdade⁴⁹. Nesse sentido, Marinoni classifica a segurança jurídica como “direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito”⁵⁰.

O princípio do Estado de Direito visa a dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de agir do Estado. O direito informador da juridicidade estatal aponta para a ideia de justiça, que compreende, dentre outras esferas, o direito de ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores dessa⁵¹. Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza assevera que a segurança jurídica, com o objetivo de preservar e proteger as justas expectativas das pessoas, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais que frustrem a confiança depositada nas normas jurídicas⁵².

A segurança e a igualdade não se esgotam na produção legislativa. Segundo José Afonso da Silva, segurança no direito é aquela que exige a sua positividade,

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49-50.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 565.

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 243-245.

⁵² CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 43.

porém, direito seguro nem sempre é direito justo, a exemplo de regimes autoritários fundados em leis positivadas; já o direito inseguro é injusto, pois não assegura o princípio da igualdade⁵³. Assim, o autor define segurança jurídica, em sentido estrito, como

garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu⁵⁴.

Por sua vez, Canotilho traz à tona o princípio da proteção da confiança, fazendo a seguinte diferenciação entre ele e o da segurança jurídica:

Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos [...] Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial⁵⁵.

A protecção da confiança é, então, uma derivação da segurança jurídica que considera os aspectos subjectivos desse princípio. O ordenamento jurídico deve tutelar a confiança do jurisdicionado, por meio da previsibilidade do direito⁵⁶. No fundo, não obstante eventual distinção conceitual, ambos os princípios, em seus desdobramentos, visam a conferir segurança, estabilidade e previsibilidade para a sociedade quanto ao exercício do poder pelo Estado, que o homem necessita para conformar de forma autônoma e responsável sua vida. Os dois assumem um papel central na concretização do Estado de Direito.

José Afonso da Silva, recorrendo à lição de Vanossi, trata de uma só vez do aspecto objetivo e subjectivo da segurança dos direitos, afirmando que ela consiste no

⁵³ SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Coord. Cármen Lúcia Antunes. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 16-17

⁵⁴ Ibidem, p. 16-17.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 257.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: **A força dos precedentes**. Op. cit., p. 571.

“conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências dos seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”⁵⁷.

Justificando a necessidade de previsibilidade do Direito, Theophilo Cavalcanti Filho, citado por Jorge Amaury Nunes, assevera que “a certeza do direito é fundamental ao homem, porque lhe permite saber qual a qualificação que poderá esperar para a sua ação ou para a ação dos demais”⁵⁸.

Jorge Amaury Nunes classifica a segurança jurídica como razão fundante do Direito, *in verbis*:

é possível afirmar, sem receio, que o princípio da segurança jurídica tem validade universal e pode ser examinado em qualquer ordenamento jurídico. Não importa a que escola esteja vinculado o pesquisador (formalista, idealista, realista etc.), sempre a segurança jurídica informará o Direito como princípio, como razão fundante. O que pode variar é a extensão e a densificação que se possa dar ao princípio⁵⁹.

A essência do Direito não está nas normas gerais, mas nos efeitos que elas produzem na sociedade, isto é, a lei não é considerada um fim em si mesmo, mas um meio de regulação das relações sociais. Não por outro motivo, há quem defenda que o desuso da norma retira a sua validade, como Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁶⁰.

A repercussão da norma na sociedade é que vai sinalizar para ela quais são os contornos dos direitos positivados e das obrigações legais. Desse modo, Marinoni alerta para o fato de que “um sistema incapaz de garantir a previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciências dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania”⁶¹. Sob esse prisma, é legítima a expectativa social de que os comportamentos adaptados a uma decisão emanada do Estado, na interpretação de uma norma geral, não serão reputados ilícitos no futuro, de modo que os cidadãos devem adequar suas ações à norma individual.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 19.

⁵⁸ NUNES, Jorge Amaury Maia. Op. cit., p. 86, versão digital.

⁵⁹ Ibidem, p. 92, versão digital.

⁶⁰ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 173.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: **A força dos precedentes**. Op. cit., p. 565.

Segurança jurídica encontra-se intrinsecamente ligada à ideia de justiça, porém, com ela não se confunde. Carmem Lúcia Antunes Rocha afirma que a primeira não é valor, mas qualidade de um sistema ou de sua aplicação; já a segunda, sim, é valor, buscado pela positivação e aplicação do Direito⁶². Por outro lado, Jorge Amaury Nunes defende que segurança jurídica é sim valor e não é imaginável uma situação em que ela tenha desaparecido e se possa falar em justiça⁶³. A segurança é fundamental para a justiça. Em vista disso, os ordenamentos jurídicos contemporâneos incorporaram institutos que, à primeira vista, soam injustos, mas visam a conferir maior segurança à sociedade, como a prescrição, a decadência e a coisa julgada. À segurança jurídica foi reservado o papel no sistema de direito de realização da própria ideia de justiça material⁶⁴.

Segurança é, portanto, um objetivo fundamental do direito, como meio de realização da justiça e de garantia de igualdade. Disso decorre a necessidade de estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais, sobretudo aquelas que resolvem questões já enfrentadas pelo Poder Judiciário em outras ocasiões, em que foi transmitida para a sociedade a interpretação dos tribunais de determinada norma, isto é, o tribunal, em regra, deve seguir uma mesma linha de raciocínio para situações similares e adotar o mesmo entendimento para situações idênticas.

Luís Roberto Barroso destaca como desdobramentos da segurança jurídica a confiança nos atos do poder público, que deverão reger-se pela razoabilidade e boa-fé; estabilidade das relações jurídicas, com durabilidade das normas, anterioridade das leis e conservação de direitos em face da lei nova; previsibilidade dos comportamentos das pessoas e das instituições e igualdade perante a lei, com soluções isonômicas para controvérsias idênticas ou próximas⁶⁵.

Por sua vez, Paulo Nader ressalta a importância da previsibilidade das decisões judiciais e da estabilidade da jurisprudência, *in verbis*:

⁶² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 168.

⁶³ NUNES, Jorge Amaury Maia. Op. cit., p. 89, versão digital.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 474.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 50-51.

O princípio da prévia calculabilidade da sentença, fruto dos tempos modernos, revela que, se os fatos estão claros e definidos, se a lei está ao alcance de todos, havendo, assim, a certeza jurídica, como em um silogismo, as partes poderão deduzir, antecipadamente, o conteúdo da sentença judicial.

...

Para que haja certeza jurídica é indispensável que a interpretação do Direito, pelos tribunais, tenha um mesmo sentido e permanência. A divergência jurisprudencial, em certo aspecto, é nociva, pois transforma a lei em Jus Incertum. A segurança que o Direito estabelecido pode oferecer fica anulada em face da ascilação e da descontinuidade jurisprudência⁶⁶.

Na mesma linha, Marinoni afirma que

Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados⁶⁷.

A segurança jurídica é essencial para a concretização da justiça, na medida em que passa para o cidadão uma tranquilidade quanto à conformação de seus atos com o Direito, além de garantir uma igualdade de tratamento para situações semelhantes.

O ordenamento jurídico deve ser dotado de um mínimo de continuidade e estabilidade, para que o Estado de Direito não seja um Estado provisório⁶⁸. A previsibilidade dos cidadãos quanto à exata delimitação de seus direitos não pode ser a mesma que a de um apostador de loteria, que tem apenas uma expectativa remota quanto às consequências do seu ato.

⁶⁶ NADER, Paulo. Op. cit., p. 128.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: **A força dos precedentes**. Op. cit., p. 560.

⁶⁸ MARNINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Op. cit., p. 130.

2.2 Eficácia retro-operante da alteração e do cancelamento dos enunciados de súmula da jurisprudência dos tribunais

Afirmar que a aplicação da mesma lei a casos semelhantes garante a efetiva observância do princípio da igualdade só faz sentido quando se admite a premissa equivocada de que o monopólio do direito está no Poder Legislativo⁶⁹, pois os resultados decorrentes da interpretação da norma podem ser diversos e, às vezes, diametralmente opostos.

Não obstante se admita a possibilidade de alteração da jurisprudência, tal fenômeno deve ser precedido de uma discussão profunda sobre os fundamentos que podem motivar a superação do entendimento anterior, pois a instabilidade das decisões judiciais afronta a segurança jurídica. Além disso, as variações não podem ser corriqueiras, pois, como adverte José Augusto Delgado:

Configura-se desastroso, destruindo todos os aspectos axiológicos da segurança jurídica, quando o Poder Judiciário, sem que tenha havido modificação legislativa, muda de orientação, detonando estado de incerteza, de insegurança e de confiabilidade, situações que não contribuem para homenagem duradoura ao Estado Democrático de Direito⁷⁰.

Ultrapassada a etapa da discussão acerca dos fundamentos em que se assenta o entendimento pretoriano, está autorizado o câmbio da jurisprudência. Entretanto, isso não implica dizer que os efeitos daí decorrentes devem ser aplicados sempre retroativamente, pois, como alerta Êstevão Mallet:

⁶⁹ SILVA, Rafael Santos de Barros e. Op. cit., p. 44.

⁷⁰ DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica.** Disponível em <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICIAIS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JURIDICA.doc> Acesso em 22.05.2014.

a jurisprudência que se acha assente e sedimentada, tanto mais a dos tribunais superiores, especialmente aquela compendiada em verbetes publicamente divulgados, cria expectativas, produz confiança, induz comportamentos⁷¹.

Jurisprudência pode ser compreendida como a revelação do direito a partir de um conjunto de decisões harmônicas no exercício da jurisdição⁷², o que demanda a interpretação da norma geral que dá origem à individual. A mudança de entendimento dos tribunais nesse mister é uma realidade irrefutável no direito. A questão que se coloca, então, não é sobre a possibilidade de tal fenômeno acontecer, mas em que situações tal isso pode ocorrer e os efeitos daí decorrentes. Nesse sentido, Canotilho ensina que:

Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais⁷³.

Muitas vezes a limitação dos efeitos das decisões que implicam alteração da jurisprudência não é discutida com a importância que o tema merece. Em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho alterou significativamente o item III do Enunciado nº 244 da Súmula de sua jurisprudência que assim dispunha:

Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa⁷⁴.

A nova redação do item ficou assim:

A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado⁷⁵.

⁷¹ MALLET, Êstevão. **A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?** Curitiba: Revista do TRT da 9ª Região, 2006.

⁷² REALE, Miguel. Op. cit., p. 158.

⁷³ CANOTILHO, J. J. p. 265.

⁷⁴ Disponível em <
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>

⁷⁵ Ibidem.

Com a alteração, o Tribunal passou a entender que a empregada que engravidar durante o período do contrato de experiência tem direito à estabilidade no emprego, prevista do ADCT, conclusão em sentido oposto ao anteriormente adotado pela Corte. Surgiu então a discussão sobre a situação dos empregadores que antes da alteração do enunciado não asseguraram a estabilidade das gestantes em contrato de experiência, agindo em conformidade com a orientação à época preconizada pelo TST. Eis a resposta dada pelo Tribunal à questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. MODALIDADE EXPERIÊNCIA. 1. A decisão regional, ao assentar -que tanto a empregada contratada por prazo indeterminado quanto a empregada contratada por prazo determinado são detentoras do direito à estabilidade provisória da gestante, prevista no art. 10, II, "b", do ADCT-, guarda sintonia com a atual redação da Súmula 244, item III, do TST, que sedimentou entendimento no sentido de que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato a prazo determinado. 2. A incidência do art. 896, § 4º, da CLT e a Súmula 333/TST constituem óbice ao trânsito da revista, e, conseqüentemente, o provimento do agravo de instrumento. 3. **Não há falar em ofensa à segurança jurídica, à irretroatividade das leis ou ao ato jurídico perfeito pela incidência do entendimento ora consagrado na Súmula 244, III, do TST sobre situação jurídica anterior à sua publicação. A edição, a alteração ou o cancelamento de verbete jurisprudencial por esta Corte Superior não tem natureza de ato legislativo, consistindo apenas na consolidação da jurisprudência produzida por este Tribunal ao longo do tempo, ou sua revisão, ao interpretar e aplicar, a determinada situação concreta, a legislação vigente. Dessa forma, os verbetes sumulares e jurisprudenciais não estão sujeitos às regras de direito intertemporal.** Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido⁷⁶. (sem destaques no original)

A orientação fixada pelos tribunais, sobretudo os superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera expectativas legítimas na sociedade e estimula comportamentos, uma vez que, num sistema em que se busca coesão e segurança, não há como admitir que os cidadãos possam livremente optar por seguir ou não o entendimento preconizado pelos órgãos estatais responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, fontes normativas por excelência, mormente quando se considera que tais

⁷⁶ AIRR - 285-34.2012.5.15.0097, 1ª Turma, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 19/02/2014, DEJT de 07/03/2014

órgãos são dotados de autoridade suficiente para impor suas decisões sobre os jurisdicionados. Da função dos tribunais superiores e do STF de uniformizar a interpretação da Constituição Federal e das leis, surge, por conseguinte, o poder-dever de enunciar pautas gerais de comportamento, que, quando alteradas implicam “a quebra de uma legítima expectativa que viola a segurança jurídica e a igualdade”⁷⁷. Tal qual a lei, a jurisprudência é o fonte de criação do direito, como já apontado no capítulo anterior. Daí por que a preocupação de Êstevão Mallet, assim sintetizada: “a aplicação retroativa de nova interpretação jurisprudencial compromete, tanto quanto a aplicação retroativa da lei, a estabilidade das relações jurídicas e atenta contra o ideal de segurança”⁷⁸. Ora, se nem mesmo à lei foi dado o poder de alcançar os atos jurídicos perfeitos, como poderia se justificar a afirmação de que os câmbios de jurisprudência devem ser sempre produzir efeitos retroativos?

Carrazza assevera que a segurança jurídica exige que “as leis, os atos administrativos em geral e a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade. Daí falamos *sic in irretroatividade do Direito* e não, apenas, *das leis*”⁷⁹.

O alcance do novo entendimento deve sempre observar critérios de segurança e interesse público. A título de exemplo, vale mencionar o caso do cancelamento do Enunciado nº 394 da Súmula da jurisprudência do STF. A Corte concluiu que o referido Verbete, editado antes da Constituição de 1988, que previa que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”, não era compatível com a atual Carta Política. Contudo, na ocasião, o Tribunal decidiu preservar todos os atos praticados e decisões proferidas com base na orientação cancelada, mesmo que realizados por autoridade incompetente⁸⁰.

⁷⁷ SILVA, Rafael Santos de Barros e. Op. cit., p. 46.

⁷⁸ MALLET, Êstevão. Op. cit.

⁷⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 48.

⁸⁰ Cf. STF – Plenário, Inq. 687 QO/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. em 25.08.99 *in* DJU de 09.11.01, p. 44.

O legislador ordinário, ao regular as ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis, admitiu a atribuição de efeitos prospectivos da decisão por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (artigo 27 da Lei nº. 9.868/99), ou seja, até mesmo os atos aperfeiçoados com base na norma inconstitucional podem ser preservados pelo Supremo Tribunal Federal. É bem verdade que a hipótese não trata de um câmbio de jurisprudência, mas de retirada do ordenamento jurídico de uma norma incompatível com a Constituição da República, porém, isso demonstra a importância da segurança no direito.

O legislador não cuidou de definir os termos “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, expressões de difícil conceituação. A primeira está ligada à ideia de previsibilidade das consequências dos atos jurídicos praticados pelos cidadãos, relacionando-se com a noção de justiça; já o segundo pode ser verificado com uma projeção da repercussão da decisão judicial na sociedade, que às vezes justifica a manutenção dos efeitos dos atos em desconformidade com o direito, pois tem em seu cerne a preocupação com os interesses da sociedade, que podem se opor aos interesses do Estado⁸¹.

Avançando no tema, o projeto do novo Código de Processo Civil, ainda em discussão no Congresso Nacional, traz importante inovação, ao prever expressamente que, na hipótese de alteração da jurisprudência, o tribunal poderá limitar temporalmente os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior (§ 10 do art. 521). Em que pese a redação do dispositivo utilizar o verbo “poderá”, na verdade, essa deve ser a regra, admitindo-se, excepcionalmente, a produção de efeitos retroativos da alteração da jurisprudência. No mesmo sentido, o professor Marinoni apresenta sugestão de alteração do CPC para atribuir força obrigatória aos precedentes e propõe que nos casos de sua alteração o tribunal “deverá definir os efeitos da revogação, que, em regra, serão prospectivos”⁸². Vale lembrar que anteriormente, ao arrematar a obra

⁸¹ BORGES, Frederico Alencar Monteiro. **Modulação de efeitos em controle difuso de constitucionalidade: fundamentos teóricos e prática jurisprudencial**. Monografia de conclusão de curso de graduação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. Proposta de alteração do CPC para atribuir força aos precedentes. In: **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 632.

intitulada Precedentes obrigatórios, também com um sugestão de alteração da lei processual, o mesmo autor foi bem menos incisivo quanto à regra dos efeitos prospectivos da alteração do entendimento, sugerindo que em caso de revogação do precedente com eficácia vinculante o tribunal poderia “limitar sua retroatividade ou dar-lhe efeitos prospectivos, considerando o grau de confiança depositado no precedente e a importância de se aplicar imediatamente a decisão para o tratamento isonômico dos jurisdicionados”⁸³.

Não se trata de aplicação indiscriminada das regras de direito intertemporal, próprias das leis, tal como afirmado pelo TST, mas de proteção da confiança legítima dos jurisdicionados depositada na orientação transmitida pelo Poder Judiciário. Dessa reflexão é possível até mesmo que o tribunal conclua pela aplicação retroativa da revogação da jurisprudência, a depender do grau de confiança depositado no precedente.

Nesse sentido arremata Carrazza:

qualquer Tribunal Superior, ao alterar sua jurisprudência consolidada, mais do que a faculdade, tem o infestável dever de limitar os efeitos temporais da nova orientação, preservando fatos ou situações ocorridos sob a égide da orientação anterior, bastando, para tanto, estejam presentes “razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social”.

Perseguir uma ideia de justiça total, a qualquer custo, tende a gerar efeitos contrários aos pretendidos, pois, como já visto, a segurança é qualidade da justiça. O direito, como regulador das mais diversas situações da vida em sociedade, influencia diretamente a confiabilidade dos negócios jurídicos a serem celebrados e, por isso, as respostas que os tribunais dão para os conflitos não podem se afastar da preocupação com os seus efeitos no futuro e sobre os atos passados. A instabilidade do ordenamento jurídico e a repercussão disso em eventos pretéritos cria um fator de risco indesejado para a economia e as relações sociais, refletindo nos resultados de crescimento e desenvolvimento do país.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. Op. cit., 520.

2.3 Previsibilidade das decisões judiciais x engessamento da jurisprudência

A afirmação da necessidade de estabilidade na jurisprudência e preservação dos atos jurídicos praticados sob a égide da orientação pretoriana revogada desperta uma preocupação com o engessamento das decisões judiciais. José Afonso da Silva alerta para a tendência de a segurança jurídica “se opor às transformações, inclinándose ao conservadorismo ligado à classe dominante”⁸⁴. Contudo, isso não pode servir de subsidio para obstar a superação de interpretações normativas equivocadas ou a absorção pelo judiciário das novas demandas sociais.

Na lição de Jorge Amaury Nunes, leis estáveis são “mais ou menos duráveis, que dão ao jurisdicionado a sensação de perenidade ou, ao menos, de continuidade”⁸⁵. A mutabilidade da jurisprudência, tal como já visto no tópico anterior, é um fenômeno natural no direito, porém, isso não implica admitir que essas alterações possam ocorrer com frequência, sem que tenha havido nenhuma variação no estado da sociedade ou nas normas que serviram de substrato para aquela orientação. Em outras palavras, não se está aqui a defender, a pretexto da estabilidade, que a jurisprudência não pode sofrer alterações, mas, sim, que essas modificações não podem ser corriqueiras e devem observar determinados critérios. Obviamente, o órgão jurisdicional responsável por interpretar a norma tem a possibilidade adotar nova interpretação. Porém, para que essa variação não se confunda com arbitrariedade, é essencial que seja baseada em métodos interpretativos justificados e preserve os atos praticados à época da orientação judicial anterior em conformidade com ela, que geraram expectativas

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 24.

⁸⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia. Op. cit., p. 92, versão digital.

legítimas nos jurisdicionados⁸⁶. O principal problema não está no câmbio da jurisprudência em si, mas na falta de avaliação profunda da fundamentação do precedente para a sua superação e de proteção da confiança do cidadão.

Rafael Santos de Barros e Silva destaca que o câmbio da jurisprudência adquire um tom de arbitrariedade quando interfere nas pautas de conduta sociais já consolidadas, *in verbis*:

Uma mudança na jurisprudência de um tribunal superior, por exemplo, por si só, não representa infringência a qualquer normal legal, entretanto, ao implicar mudança repentina em uma pauta de conduta que já estava consolidada no mundo jurídico, tal ato passa a ser arbitrário quando não protege aqueles que confiaram na norma jurídica anterior⁸⁷.

Ao se atribuir eficácia necessariamente retroativa aos câmbios de jurisprudência, os transtornos e problemas são ainda maiores do que se houvesse uma delimitação temporal dos efeitos do novo entendimento, o que aumenta a resistência à evolução, criando uma tendência de os tribunais manterem a jurisprudência não pelo mérito da discussão, mas por questões de ordem prática⁸⁸.

Logo, a limitação temporal dos efeitos do novo entendimento pretoriano, além de garantir a igualdade e a segurança jurídica, protegendo a confiança dos cidadãos, reduz os transtornos de ordem prática da alteração, diminuindo a resistência à evolução do direito, ao contrário do que se poderia imaginar.

⁸⁶ SILVA, Rafael Santos de Barros e. Op. cit., p. 24.

⁸⁷ Ibidem, p. 20.

⁸⁸ MALLET, Êstevão. Op. cit.

3. REVOGAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

3.1 Superação total e parcial do precedente (*overruling* e *overriding*)

No sistema do *common law*, que se desenvolveu com base na doutrina dos precedentes obrigatórios, há a figura do *overruling*, que consiste na revogação expressa do precedente, que pode ser implementada até mesmo pela corte que o fixou. A eficácia vinculante do precedente, portanto, não implica sua inalterabilidade, sob pena de obstar o desenvolvimento do direito. Contudo, o poder de revogar os seus próprios precedentes não deve ser exercido sem que existam circunstâncias especiais, na medida em que eles têm eficácia horizontal, isto é, o tribunal que o elaborou tem o dever de respeitá-lo, não podendo rediscutir a mesma questão jurídica a todo momento⁸⁹. Para se ter uma ideia, ao longo das últimas décadas, enquanto teve atribuições para tanto, a House of Lords não revogou mais do que um precedente por ano⁹⁰.

Como requisitos básicos para a revogação do precedente, Marinoni aponta a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica. A primeira ocorre quando o precedente passa a negar proposições morais, políticas e de experiência na sociedade; já o segundo se dá quando o precedente deixa de guardar coerência com outras decisões, o que decorre de distinções inconsistentes⁹¹. Há outros fatores que, sem dúvida, influenciam a superação de uma orientação por determinado tribunal, como a alteração da sua composição ou até mesmo a mudança de entendimento dos membros, o que pode acontecer, desde que haja uma profunda discussão a respeito da matéria e seja resguardada a confiança dos jurisdicionados.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Op. cit., p. 389.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, p. 390-392.

No modelo norte-americano, há também o *anticipatory overruling*, hipótese em que as cortes de apelação afastam a aplicação do precedente fixado pela Suprema Corte por considerar que este provavelmente será revogado. Tal possibilidade é motivo de polêmica quando examinada a sua compatibilidade do *stare decisis*⁹². Não obstante a discussão doutrinária envolvendo a matéria, a possibilidade do *anticipatory overruling* pode dar uma resposta aos críticos da doutrina dos precedentes vinculantes, que alegam que ela importaria engessamento do Poder Judiciário, tolhendo a liberdade dos juízes e tribunais inferiores. Note-se que não se trata de uma liberdade ampla dos tribunais de apelação, mas da possibilidade de se antecipar à Suprema Corte, afastando a aplicação do precedente, quando houver elementos convincentes indicando que este será revogado em breve.

Tal qual ocorre no *anticipatory overruling*, quando o tribunal superior deu sinais de que uma súmula será revogada ou alterada, os juízes e tribunais inferiores têm o poder-dever de não aplicá-la nos julgamentos que conduzirem. É o que ensina Marinoni, *in verbis*:

De lado a diferença entre precedente e súmula, o mesmo raciocínio, a demonstrar a necessidade de *anticipatory overruling*, deve ser utilizado quando se está diante de súmula. Quando o tribunal superior já deu sérias mostras de que está prestes a revogar ou cancelar súmula, ou mesmo quando as decisões do tribunal evidenciam que a súmula não mais será aplicada – tendo ocorrido revogação implícita –, os tribunais de justiça ou regionais federais devem deixar de aplicá-la.

Não, como é óbvio, por discordarem da súmula, mas sim por terem de estar em sintonia com o pensamento dos tribunais superiores. A não aplicação da súmula obsoleta ou em vias de revogação, antes de constituir quebra de autoridade das decisões judiciais, representa postura necessária para a afirmação da própria lógica do respeito aos precedentes das Cortes superiores. Na verdade, quando uma súmula não é mais aplicada ou não será mais aplicada, a sua adoção é, evidentemente, muito mais nociva do que a sua negação⁹³.

Os efeitos da revogação do precedente também podem ser limitados a partir determinado marco temporal. Trata-se do *prospective overruling*. No *common law*, a revogação do precedente, em regra, opera efeitos retroativos, pois significa admitir que a tese nele enunciada estava equivocada ou incompatível com novos valores ou o

⁹² Ibidem, p. 402-404.

⁹³ Ibidem, p. 418.

próprio direito⁹⁴. Contudo, a prática judicial norte-americana tem demonstrado a necessidade de se atribuir efeitos prospectivos a algumas decisões que revoguem um precedente, com fulcro no princípio da segurança e da proteção da confiança dos jurisdicionados⁹⁵. Para que a revogação do precedente não opere efeitos retroativos, a confiança dos jurisdicionados deve ser justificável, isto é, o tribunal não pode ter dado sinais de que a tese adotada no precedente está prestes a ser revogada⁹⁶. Disso pode-se concluir que a confiança que justifica a atribuição de efeitos prospectivos à revogação dos precedentes é marcada por certo grau de objetividade, uma vez que não considera a situação de um jurisdicionado específico, mas, sim, a confiança em geral dos cidadãos e o comportamento dos tribunais.

Com a aplicação do *prospective overruling*, é possível que os efeitos da revogação do precedente não se apliquem sequer ao caso sob julgamento, de modo que toda a energia despendida pela parte não lhe traz nenhum benefício concreto, o que poderia gerar uma sensação de injustiça e desestimular a provocação dos tribunais para a revisão dos precedentes. Ocorre que, como destacado alhures, os precedentes desempenham múltiplas funções, dentre as quais está a de orientar comportamentos dos cidadãos, de modo que a decisão que revoga um precedente não produzir efeitos no caso concreto não compromete as consequências externas daí decorrentes. Ademais, a impressão de injustiça é apenas aparente, pois a atribuição de efeitos prospectivos visa a tutelar a segurança, a igualdade e a confiança justificável⁹⁷.

Há situações, ainda, em que o tribunal apenas limita a incidência do precedente, sem revogá-lo ou sinalizar uma revogação futura. É o *overriding*. Celso Albuquerque da Silva assevera que “nada mais seria do que um caso de uma revogação parcial de uma doutrina precedente geral”⁹⁸, contudo, Marinoni rechaça essa afirmação, defendendo que não se trata de revogação nem mesmo parcial, mas do afastamento de um precedente em princípio aplicável ao caso sob julgamento, com a

⁹⁴ Ibidem, p. 420.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem, p. 421.

⁹⁷ SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 288-289.

⁹⁸ Ibidem, p. 297.

discussão de uma situação que não foi envolvida na formação do precedente, aproximando-se mais do *distinguishing*⁹⁹. O *overriding* pressupõe que sob a perspectiva da nova situação, o resultado do julgamento do litígio anterior teria sido outro.

3.2 Técnica da sinalização (*technique of signaling*)

Também nos Estados Unidos foi desenvolvida a *technique of signaling* (técnica da sinalização), hipótese em que o tribunal, apesar de concluir que a tese adotada no precedente deve ser superada, deixa de revogá-lo, em atenção à segurança jurídica, mas sinaliza que ele provavelmente será revogado quando a questão for novamente submetida à apreciação da corte¹⁰⁰. Trata-se de um prenúncio do *overruling* para a sociedade, a partir de quando, em regra, não pode o cidadão alegar que um comportamento foi orientado por uma confiança justificável.

A doutrina dos precedentes obrigatórios está intimamente ligada à segurança jurídica e, por conseguinte, à previsibilidade das decisões judiciais. Isso justifica a manutenção do precedente em determinadas hipóteses, mesmo que o tribunal chegue à conclusão de que ele está em desacordo com o direito.

Marinoni adverte que, no sistema de precedentes obrigatórios, torna-se indispensável avaliar o grau de autoridade do precedente no momento histórico¹⁰¹. Por exemplo: quando a doutrina mais abalizada faz críticas consistentes à tese adotada num precedente, não é possível argumentar que ele possui a mesma autoridade e confiabilidade que outro aceito pela maioria dos doutrinadores e julgadores. Não se está aqui a dizer que a sociedade não deve adequar seu comportamento a este

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Op. cit., p. 347.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 335.

¹⁰¹ Ibidem, p. 336.

precedente, mas que a sua confiabilidade é menor, podendo sujeitar os cidadãos aos efeitos retroativos do *overruling*. Já quando o precedente não é contestado de forma veemente pela doutrina e pelos tribunais, “não há como desamparar o jurisdicionado que lhe devotou confiança”¹⁰². Nesses casos pode ser aplicada a técnica da sinalização e os efeitos do *overruling* limitar-se-ão ao período posterior à decisão que o prenunciou.

A essa altura, torna-se inevitável a comparação entre a técnica da sinalização e o *prospective overruling*. Celso Albuquerque da Silva afirma que a primeira é de uma espécie de refinamento do segundo, diferenciando-se deste apenas por que está sujeita a uma condição, que é o ajuizamento de nova ação envolvendo a matéria¹⁰³. De fato as duas medidas têm por objetivo evitar a aplicação retroativa dos efeitos da revogação do precedente. A sinalização dá ciência aos advogados e à sociedade de que o precedente deverá ser revogado, de modo a considerarem esse fato nos seus comportamentos; já o *overruling* é a efetiva revogação expressa do entendimento¹⁰⁴, não redundando num juízo de probabilidade. Em outras palavras, com *overruling*, os jurisdicionados não podem mais depositar confiança no entendimento que até então prevalecia; já com a sinalização, devem considerar que a tese poderá ser revogada, mas ainda não o foi. Com a aplicação da técnica da sinalização, o *overruling* posterior pode considerar o impacto daquela na realidade social e não alcançar todo o período após a sinalização¹⁰⁵. O que determina qual é a medida mais adequada é a análise do caso concreto, não sendo possível comparar os institutos em abstrato.

3.3 Overstatement

¹⁰² Ibidem, p. 337.

¹⁰³ SILVA, Celso Albuquerque. Op. cit., p. 295.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Op. cit., p. 341.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 342.

Ao contrário dos outros institutos examinados neste capítulo, o *overstatement* não implica revogação ou aviso de revogação do precedente, mas, sim, sua correção ou reforma, adaptando-o para sua aplicação a casos futuros¹⁰⁶.

A princípio, o *distinguishing* é a declaração de que a tese exposta no precedente não deve regular o caso em análise. Na lição de Cruz e Tucci, consiste no método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”¹⁰⁷. É possível, contudo, estender a aplicação do precedente a outra hipótese, abrangendo circunstâncias que não foram consideradas na sua formação, mas que se agregam aos elementos nele discutidos, produzindo-se o mesmo resultado¹⁰⁸. Marinoni, exemplificando tal situação, assevera que, se na formação de um precedente, o tribunal, reputando presentes os elementos *a*, *b* e *c* chegou ao resultado *x*, em outra ocasião a corte pode decidir que *e* também é condição necessária para se produzir o mesmo resultado, havendo, assim, alteração da *ratio decidendi*, com a adequação do precedente¹⁰⁹. Frise-se que o elemento fático novo não pode ser incompatível com o resultado do precedente, pois, do contrário, seria inviável o seu incremento.

No exemplo utilizado por Marinoni, uma possível vulneração da confiança justificável dos jurisdicionados surge não com a extensão do precedente ao novo caso, que envolve circunstância não considerada que se agrega às anteriores, mas, sim, com a não aplicação do mesmo resultado aos casos que não contemplam o elemento novo e os atos foram consolidados antes dessa decisão, isto é: a aplicação do resultado *x* às hipóteses em que estiverem presentes os elementos *a*, *b*, *c* e *e*, em princípio, não atenta contra a segurança e a proteção da confiança, porém, o resultado não pode deixar de ser o mesmo para as situações que não abrangem o elemento novo *e* e foram consolidadas antes da decisão que alterou a *ratio decidendi*.

A extensão ou limitação do precedente a partir da submissão de novos casos ao tribunal é essencial para o desenvolvimento do direito, contudo, não pode se

¹⁰⁶ NUNES, Jorge Amaury Maia. Op. cit., p. 123 da versão digital.

¹⁰⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., p. 174.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Op. cit., p. 328-329.

¹⁰⁹ Ibidem.

sobrepor às situações aperfeiçoadas com base no entendimento anteriormente preconizado pela corte. Tal possibilidade agrega um elemento de racionalidade à doutrina, na medida em que não exige a submissão cega ao precedente, mas preserva a segurança jurídica e a confiança dos jurisdicionados.

3.4 Modulação de efeitos das decisões judiciais

A essência do instituto já foi abordada ao longo do presente trabalho. Trata-se da limitação temporal dos efeitos das decisões judiciais, em atenção à segurança jurídica, à proteção da confiança e ao interesse público, ou seja: em determinadas situações pode-se atribuir eficácia prospectiva às decisões judiciais.

No Brasil, a técnica da modulação de efeitos ganhou destaque pela expressa previsão legal no modelo de controle de constitucionalidade adotado. Contudo, vale ressaltar que a aplicação do instituto não se restringe aos julgamentos das ações de controle de constitucionalidade, como leciona Luís Roberto Barroso, mas pode ocorrer também nas hipóteses de mudança de jurisprudência¹¹⁰. Não se trata de aplicação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/99, uma vez que para a modulação de efeitos da decisão que vá de encontro à jurisprudência consolidada não se exige o *quorum* qualificado previsto no referido dispositivo¹¹¹.

O Supremo Tribunal Federal muitas vezes tem hesitado quanto à aplicação da técnica, reservando-a para casos excepcionais. Em 2008, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 377457/PR e 381964/MG, a Corte adotou o entendimento de que as prestadoras de serviços profissionais devem recolher a COFINS, em razão

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quorum de deliberação.** Disponível em <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>> Acesso em 05/06/2014.

¹¹¹ *Ibidem*.

da revogação da isenção concedida pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Ocorre que tal decisão se contrapõe ao entendimento consolidado do STJ ao longo de anos, consubstanciada no enunciado nº 276 da jurisprudência deste Tribunal. Em razão disso, os ministros da Suprema Corte deliberaram sobre a modulação de efeitos da decisão, que contou com 5 votos favoráveis e 5 contrários, uma vez que a Ministra Ellen Gracie não estava presente. Apesar do empate, o STF concluiu que a modulação havia sido rejeitada, sob o fundamento de que o seu deferimento deve ser aprovado por 2/3 dos membros, tal como disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

A modulação de efeitos das decisões no caso de câmbio de jurisprudência, como já visto, não está adstrita à exigência de maioria qualificada, tal qual previsto na Lei nº 9.868/99. Aliás, foi o que ressaltou o ministro Gilmar Mendes durante o julgamento do RE 370682/SC, *in verbis*:

Desde já gostaria de ressaltar que comungo das preocupações doutrinárias manifestadas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, especialmente quanto à questão da prospectividade. E aí não se trata de aplicação do art. 27, conforme Sua Excelência deixou bem claro. O Tribunal tem dado mostras, em larguíssima jurisprudência, no caso de eventual revisão de interpretação constitucional ou, ocasionalmente, de revisão de interpretação de caráter legal.

É claro, Sua Excelência valeu-se do argumento do art. 27 – também os requerentes da questão de ordem o fizeram –, por se tratar, até de arrimo hoje auto-evidente, uma vez que vem sendo aceito e praticado pelo Tribunal. Mas Sua Excelência deixou bem claro que tratava de uma interpretação. E nesse sentido o Tribunal tem acolhido essa orientação.

...

Entendo, portanto, legítimas as premissas teóricas suscitadas no voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski que, como já se demonstrou, não cuidou de aplicar o art. 27, mas de aplicar, entendendo ele que existia, sim, uma mudança de entendimento, a prospectividade em nome da segurança jurídica¹¹².

Por outro lado, na ocasião em que a Corte discutiu a modulação de efeitos da decisão sobre a fidelidade partidária, que representou uma ruptura com o

¹¹² RE 370682/SC. Redator designado Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007. DJe-165, DIVULG 18-12-2007, PUBLIC 19-12-2007

entendimento que prevalecia no âmbito do TSE, o STF optou por atribuir efeitos prospectivos à decisão. Confira-se o seguinte trecho da ementa da decisão:

A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. - Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. - **A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica.** - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida¹¹³. (sem destaques no original)

Verifica-se que não existe um padrão de conduta da Corte Suprema no que se refere à proteção da confiança dos jurisdicionados frente aos câmbios de jurisprudência. A utilização da técnica é deixada a critério dos julgadores, tanto no atual sistema processual como naquele previsto no projeto do novo CPC em tramitação no Congresso Nacional, não havendo nenhum mecanismo de provocação do judiciário pelos jurisdicionados para adoção da medida.

Nas hipóteses de alteração da jurisprudência consolidada, sobretudo aquela que ensejou a edição de enunciado de súmula, a atribuição de efeitos prospectivos às decisões não deve ser tratada como exceção, mas, sim, como regra, a fim de

¹¹³ MS 26603, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008, PUBLIC 19/12/2008

resguardar a confiança dos jurisdicionados nos atos do Estado. Nesse sentido ensina Marinoni, *in verbis*:

a proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais constitui dever dos Tribunais Superiores, pelo que a limitação dos efeitos das decisões que revogam precedentes ou jurisprudência consolidada não está sequer à discrição do Superior Tribunal de Justiça. Esse Tribunal, para dar cumprimento a sua missão constitucional de dar unidade ao direito federal, tem o dever de utilizar a técnica da limitação dos efeitos retroativos, como todo tribunal que, ao decidir, fixa normas que orientam a conduta dos jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade para trabalhar e viver¹¹⁴.

Deve ainda ser instituída alguma medida processual para viabilizar a invocação da aplicação da técnica pelo cidadão.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Op. cit., p. 445.

4. CONCLUSÕES

Segurança jurídica é princípio fundamental do Estado de Direito e busca proteger e preservar as legítimas expectativas dos cidadãos, que precisam de certeza para conformar suas ações com o direito.

No sistema do *civil law*, assim como no *common law*, a jurisprudência é fonte de criação do direito, uma vez que a atividade de interpretação é carregada por certo grau de criatividade. Essa liberdade de decisão está restrita a uma moldura que é delimitada pela própria norma geral.

Num modelo jurisdicional piramidal, como o brasileiro, o jurisdicionado sabe que para sagrar-se vencedor de uma demanda precisa de um provimento favorável do órgão responsável pela revisão da decisão ou da tese. Nesse contexto, para que a parte vencida se conforme com a sentença ou com o acórdão do tribunal, é imperioso que os órgãos do Poder Judiciário adaptem suas decisões ao entendimento consolidado pelas cortes superiores, que devem zelar pela formação de uma jurisprudência estável, discutindo teses e não apenas casos concretos. Há uma hierarquia entre os órgãos do Poder Judiciário, com os tribunais superiores no topo da estrutura.

A inobservância dos precedentes afeta diretamente a segurança jurídica, obstando a previsibilidade do direito, o que é mais comum *no civil law* do que no *common law*. Nesses casos não é respeitada a igualdade e há um estímulo à litigiosidade, contribuindo para o acúmulo de trabalho e a morosidade do Poder Judiciário.

A incerteza e as inúmeras ressalvas feitas pelos advogados no momento da orientação dos cidadãos a respeito dos seus direitos, mesmo quando se conhecem as leis e a interpretação fixada pelos tribunais não podem ser consideradas uma questão

natural do sistema do Direito, porquanto são um reflexo de clara afronta à segurança jurídica, direito fundamental e princípio basilar do Estado de Direito.

A exigência de irretroatividade do direito, como decorrência do princípio da segurança jurídica, alcança não apenas os atos legislativos, mas também os administrativos e a jurisprudência.

A Cidadania não se concretiza numa sociedade em que os cidadãos não conseguem compreender de forma antecipada e segura qual é a exata dimensão dos seus direitos.

A necessidade de estabilidade na jurisprudência e preservação dos atos jurídicos praticados sob a égide da orientação pretoriana revogada não se confunde com o engessamento da jurisprudência, mas significa que a segurança jurídica e a confiança justificável dos cidadãos devem ser tuteladas. Os tribunais podem revisar a sua jurisprudência, mas esse ato não pode redundar em arbitrariedade, alcançando situações jurídicas aperfeiçoadas sob a égide da orientação anterior.

O *overruling* e o *distinguishing* constituem elementos essenciais para a doutrina dos precedentes vinculantes, na medida em que possibilitam uma reflexão sobre a adequação da orientação fixada a casos novos e até mesmo a revogação de um entendimento adotado.

A doutrina dos precedentes obrigatórios possui vários institutos que permitem o desenvolvimento do direito e protegem os jurisdicionados que confiaram numa pauta de conduta fixada por um tribunal e conformaram seu comportamento com ela. Essas ferramentas podem ser aproveitadas, com adaptações, para o processo civil brasileiro, a fim de garantir a segurança jurídica.

A atribuição de efeitos prospectivos à alteração e ao cancelamento dos enunciados de súmula da jurisprudência dos tribunais superiores deve ser a regra adotada por essas cortes com fim de garantir a segurança jurídica, desde que presente a confiança justificável dos jurisdicionados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

_____. **Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quorum de deliberação**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>> Acesso em 05/06/2014

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009

CARNEIRO JR., Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. vol. 3. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais 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 22.05.2014

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol. 2,. 4. ed. Salvador: JusPodivm

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010

_____. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998

_____. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manole, 2009

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012

_____. Proposta de alteração do CPC para atribuir força aos precedentes. In: **A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012

MALLET, Êstevão. **A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?** Curitiba: Revista do TRT da 9ª Região

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005

SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Coord. Cármen Lúcia Antunes. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005

SILVA, RAFAEL SANTOS DE BARROS E. **Câmbios de jurisprudência: *venire contra factum proprium* do poder judiciário**

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e commn law***. Revista de Processo. vol. 172. jun. 2009