

A EFICÁCIA PROSPECTIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM CASO DE MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA E OS MEIOS DE ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS: A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO BRASIL

A PROSPECTIVE EFFICACY OF JUDGMENTS IN CASE OF CHANGE OF JURISPRUDENCE AND MEANS OF STABILITY OF FOREIGN LEGAL: A VALUATION OF PRECEDENT IN BRAZIL

Gabriel Peixoto Dourado¹
Márcio Augusto Vasconcelos Diniz²

RESUMO

O presente trabalho aborda os impactos da valorização da jurisprudência em solo pátrio, abordando aspectos como a modulação dos efeitos temporais da decisão, a uniformização de jurisprudência e uma análise do *stare decisis* americano, destacando exemplos práticos no Brasil e sua devida aproximação com o *Common Law*. Para tal fim, utilizou-se um método dedutivo, sobretudo através de análise bibliográfica. Diante disso, pretende-se, com a vertente pesquisa, cotejar os sistemas do *Common Law* e do *Civil Law* (brasileiro) no que concerne à eficácia prospectiva (*prospective overruling*) das decisões judiciais, bem como em relação à uniformização da jurisprudência e ao *stare decisis*, a fim de demonstrar como tais institutos visam garantir segurança e estabilidade das relações jurídicas, além de assegurar a confiança da sociedade perante os atos exercidos pelos órgãos do Judiciário pátrio.

Palavras-chave: Modulação dos efeitos temporais; Estabilidade das relações jurídicas; Uniformização da Jurisprudência.

ABSTRACT

This paper discusses the impact of the appreciation of jurisprudence on native soil, covering aspects such as the temporal modulation of the effects of the decision, the uniformity of law and an analysis of *stare decisis* American, highlighting practical examples in Brazil and its proper approach to the *Common Law*. To this end, we used a deductive method, mainly through literature review. Therefore, it is intended, with regards to research, collate the systems of *Common Law* and *Civil Law* (Brazil) regarding the prospective effectiveness (*prospective overruling*) of judicial decisions, as well as for the standardization of case law and *stare decisis* in order to demonstrate how such institutions are designed to ensure security and stability of legal relations, as well as ensuring society's trust before the acts performed by the organs of the judiciary patriotism.

Key-words: Modulation of temporal effects; Stability of legal relations; Standardization of Jurisprudence.

1.INTRODUÇÃO

¹ Membro do grupo de estudo de Direito Processual Civil (GEDPC-UFC); Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Federal do Ceará (PIBIC-UFC).

² Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC; Doutor em Direito pela UFMG/Universidade de Frankfurt; Procurador do Município de Fortaleza.

O ato inconstitucional no Brasil, eivado de vício inscrito no plano da validade, é considerado nulo de pleno direito, tendo a decisão um caráter meramente declaratório e, por conseguinte, ostenta eficácia retroativa. Tal tese já era proclamada pelo dito modelo americano, evidenciado por Marshall no caso *Marbury vs Madison*³. Na Áustria, entretanto, triunfou a doutrina de Hans Kelsen, prevalecendo a noção de que a norma inconstitucional seria meramente anulável, podendo ser convalidada em razão da natureza constitutiva de tal função jurisdicional, definida como uma atividade legislativa negativa⁴.

Em 1965 a Suprema Corte americana julgou o caso *Linkletter v. Walker*. *In casu*, um condenado por arrombamento requereu, na Corte de Louisiana, *habeas corpus* baseado em decisão anterior, exarada no caso *Mapp v. Ohio*, a qual proibia o uso de provas obtidas por meio ilegal, sob pena de a prisão ser relaxada pelo *writ* citado. A Suprema Corte entendeu por negar aplicação retroativa da norma aos casos que tiveram o julgamento final antes da decisão proferida em Ohio sob receio de que viessem a ocorrer danos à Administração da Justiça.

Na vigência da Corte Earl Warren (1953-1959), este ideal de retroatividade irrestrita fora rompido, dando ensejo ao *prospective overruling*, isto é, incidiriam somente aos casos pendentes de julgamento com fulcro na parêmia *tempus regit actum*. Tal ideal se coaduna à previsibilidade dos julgados e à confiança do jurisdicionado, materializada como dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica diante de autênticas mutações constitucionais realizadas pelos órgãos judicantes.

Hodiernamente, visualizam-se alguns temperamentos à teoria da nulidade, dentre os quais destacaremos o art. 27⁵; Lei n. 9868/99, que determina a modulação dos efeitos temporais⁶ da decisão do Supremo Tribunal Federal inscrita no controle concentrado de

³ Caso decidido em 1803 pela Suprema Corte Americana que, de forma paradigmática, afirmara a sua competência de exercer o controle de constitucionalidade ao negar aplicação a leis consideradas, por meio de sua interpretação, inconstitucionais. A lide continha William Marbury, juiz de paz que fora nomeado pelo presidente anterior John Adams, mas fora impedido de tomar posse por James Madison, Secretário de Estado de Thomas Jefferson, presidente ianque da época. O juiz da causa nessa lide, John Marshall, de forma célebre, fixou os três fundamentos que norteiam a aferição de inconstitucionalidade das leis: a supremacia da constituição, a nulidade da norma inconstitucional e asseverou que cabia ao Poder Judiciário ser o guardião da Constituição e, por conseguinte, o seu último intérprete.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

⁵ Art.27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁶ O art.11 da Lei 9982/99, que dispõe acerca da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental, também assevera a eficácia de tal instituto na seara da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Inobstante, a limitação de tal técnica de julgamento ao âmbito do controle da lei em tese, a jurisprudência pátria se filia ao posicionamento, sob o fulcro da abstrativização do controle difuso, que a modulação dos efeitos temporais da decisão alberga o controle *incidenter tantum*.

constitucionalidade. Tal dispositivo confere eficácia prospectiva a normas eivadas do vício írrito da inconstitucionalidade, sendo reverberado em vários ordenamentos no Direito Comparado, como na Constituição Portuguesa⁷ e na Carta Austríaca⁸. A aplicabilidade da modulação não se estreita a tal possibilidade, conforme leciona Luís Roberto Barroso⁹:

Na linha de jurisprudência do STF, a modulação dos efeitos da decisão judicial pode ocorrer em quatro hipóteses: a) declaração de inconstitucionalidade em ação direta; b) declaração incidental de inconstitucionalidade¹⁰; c) declaração de inconstitucionalidade em abstrato; d) mudança de jurisprudência. (grifo nosso)

No caso da mudança de jurisprudência, não há que se sustentar uma eficácia analógica da modulação, ocorrida sob a égide do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Por exemplo, no controle *in abstracto* ou *incidenter tantum* de constitucionalidade. Dessa feita, não resta dúvidas sobre ser descabido o quórum qualificado de dois terços para que tal entendimento seja suplantado.

Ainda assim, corroborando tal posicionamento, é importante observar que não está se excepcionando a supremacia da constituição, mas propiciando a incidência da segurança jurídica, enquanto sobreprincípio do nosso ordenamento. Isso nos permite assegurar que a modulação, em situações análogas a esta, independe de previsão legal, sob pena de afrontar a estabilidade das relações jurídicas e seus corolários lógicos, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

⁷ Art.282; IV. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2.

⁸ Art.140(1). “*The Constitutional Court pronounces on application by the Administrative Court, the Supreme Court, or a competent appellate court whether a Federal or State law is unconstitutional, but ex officio in so far as the Court would have to apply such a law in a pending suit. It pronounces also on application by the Federal Government whether State laws are unconstitutional and likewise on application by a State Government or by one third of the House of Representatives' members whether Federal laws are unconstitutional. A State constitutional law can provide that such a right of application as regards the unconstitutionality of State laws lies with one third of the State Parliament's members. The Court also pronounces whether laws are unconstitutional when an application alleges direct infringement of personal rights through such unconstitutionality in so far as the law has become operative for the applicant without the delivery of a judicial decision or the issue of a ruling*”. Article 89 (3) “*applies analogously to such applications*”. Outros países como a Colômbia e o Chile também prevêem o instituto em análise. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21383-21384-1-PB.htm#A089_>. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quórum de deliberação**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>>. Acesso em: 26 de outubro de 2011.

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal já autorizou a modulação dos efeitos em sede de embargos de declaração no processo subjetivo, a despeito de não haver nenhum dos pressupostos que embasam a fundamentação vinculada dos aclaratórios. *In casu*, a matéria versava sobre a cobrança de taxas de matrículas em universidades públicas e culminou na edição da Súmula Vinculante n. 12: “a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o art.206, IV, da Constituição Federal”.

2. A MODULAÇÃO UNIVERSAL DOS EFEITOS DECISÓRIOS E O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A expansão potencial de tal instituto se coaduna com a ampliação da capacidade decisória dos magistrados a fim de que se atinja uma tutela satisfativa, corroborando com o ideal de erigir a importância dos precedentes judiciais no Direito Pátrio. Assim, o Anteprojeto do código de processo civil dispõe:

Art. 882

(...)

V. na hipótese de modificação da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da decisão.

§1º a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

Em nosso entendimento, tal dispositivo age com o escopo de harmonizar dois mandados de otimização de nosso ordenamento, quais sejam a segurança jurídica e a evolução jurisprudencial, visto que o Direito não pode ser concebido como uma realidade estanque a ponto de desconsiderar os posicionamentos pretorianos reiterados como fonte formal do Direito, sobretudo após a Reforma do Judiciário (EC nº 45/04). A fundamentação¹¹ adequada e específica atua como controle da legitimidade e da legalidade dos atos oriundos do Poder Judiciário, buscando evitar que sejam exarados acórdãos despropositados ou arbitrários que venham postergar a incidência da norma por situações que não se coadunem com a segurança jurídica e nem com o fundado interesse público primário¹².

Logo, sob a égide da Teoria Ecológica capitaneada por Carlos Cossio, analisamos o Direito como a conduta humana em sua interferência intersubjetiva¹³. A modulação nada mais é do que o lapso temporal para que tais mudanças se inscrevam na sociedade, evitando que um ambiente anárquico se instaure devido à carência de regulação normativa e se distancie do ideal de justiça que, de modo deontico, a norma deve perquirir.

A segurança jurídica está umbilicalmente ligada à própria concepção do Estado Democrático de Direito, com previsão tanto no preâmbulo como no rol dos direitos

¹¹ Art.93, IX, da Constituição Federal de 1988: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹² VIANA, Juvêncio Vasconcelos *apud* Renato Alessi. **Sistema Instituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**, p.197.

¹³ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 88.

fundamentais, buscando assegurar aos cidadãos a previsibilidade imprescindível das relações sociais e de convivência, bem como a afirmação dos direitos fundamentais que circundam os casos em questão¹⁴, determinando de forma clarividente os parâmetros a que todos estão adstritos nas mais diversas searas do Direito. Nesta toada, é salutar o destaque do magistério lusitano de J. J. Gomes Canotilho¹⁵, buscando colmatar tal cláusula geral, por vezes, vaga e incerta:

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.

Em idêntica perspectiva, buscando definir os vetores irradiados do princípio da segurança jurídica, leciona Humberto Ávila¹⁶:

A segurança jurídica tem a dimensão normativa preponderante ou sentido normativo direto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público.

Ademais, para que a evolução jurisprudencial se compatibilizasse com a metanorma supramencionada, seria mais prudente a adoção do vocábulo *súmula/enunciado* em vez de entendimento dominante para fundamentar tal modulação, vide a impropriedade teórica desta expressão sob o viés qualitativo e quantitativo. Com essa alteração, propiciaríamos a adaptação ao viés dinâmico que reveste a sociedade, bem como o Direito como ciência regulatória, o que se daria de forma ordenada, mediante a eficácia plena de dispositivos que incidem acerca dos processos perante os tribunais, como as ferramentas de dirimir as divergências jurisprudenciais *interna corporis*, tais como a uniformização de jurisprudência.

2.1 Da Uniformização de Jurisprudência

A uniformização da jurisprudência, instituto ainda de eficácia rarefeita no cenário brasileiro, ostenta a natureza jurídica de incidente processual que culmina em transferir a órgão distinto do que iniciou o julgamento a competência funcional para analisar determinadas questões *incidenter tantum* suscitadas como prejudiciais. Isto é, detendo uma relação antecedente e necessária que deve ser dirimida a fim de solucionar o *meritum causae*.

¹⁴ SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Almedina: Coimbra, 1991, p. 384.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 295.

Por ora, o seu objeto não é uma questão principal, logo o *decisum* acerca da cizânia jurisprudencial não é albergado pelo manto da coisa julgada material, em consonância com o art.469; CPC¹⁷.

A questão incidente, conforme já exposto, deve ser uma questão de direito inerente à causa de relevância clarividente, que exteriorize distintos posicionamentos jurisprudenciais¹⁸ *interna corporis* sobre o mesmo substrato jurídico.

No Direito Comparado, em uma perspectiva histórica, existia o instituto do assento previsto no Código de Processo Civil lusitano¹⁹. Contrariamente, tal postura uniformizadora se estende a ponto de resolvê-la sem estar adstrita a relevância desta ao presente caso, conforme assevera o Art.783, n° 3²⁰, do diploma português. Tal postura explica-se, numa interpretação sistemática, como instrumento equânime de manter a coerência e a unidade que o ordenamento jurídico deve ter por essência. A *contrario sensu*, o embate processual hodierno deve conferir aplicabilidade à efetividade processual e, portanto, ser visto também pela ótica dos consumidores da prestação jurisdicional²¹.

A questão *incidenter tantum* elenca, dentre os seus legitimados, qualquer das partes, o juiz votante, excluindo por silogismo lógico aquele que esteja impedido ou tenha se declarado suspeito, e o Ministério Público enquanto parte e como *custos legis*, quando recorrer da sentença e tornar-se parte. A decisão dessa questão, por sua vez, incorpora-se no julgamento da espécie como uma premissa inafastável²² para o julgamento da causa principal. Tal incidente não se limita à competência recursal dos órgãos pretorianos, podendo ser utilizado em causas cujo Tribunal detenha a competência originária.

¹⁷ Art.469; CPC. “Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.”

¹⁸ A divergência não pode se amparar tão somente em votos, sendo necessário que o requerente confronte acórdãos colidentes lavrados por câmaras ou seções do mesmo tribunal.

¹⁹ KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8701>>. Acesso em: 26 out. 2011. – O texto esclarece que o assento fora declarado inconstitucional pelo Acórdão n° 810/93 exarado pelo Tribunal Constitucional português por malferir o princípio da tipicidade dos actos legislativos, exteriorizado no Art.115 da Constituição lusitana.

²⁰ Art.783; n° 3 Desde que haja conflito de jurisprudência, deve o Tribunal resolvê-lo e lavrar o assento, ainda que a resolução do conflito não tenha utilidade alguma para o caso concreto em litígio, por ter de substituir um acórdão recorrido, qualquer que seja a doutrina de assento.

²¹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública**. 1. ed. Dialética: São Paulo, 2003, p. 13.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 27. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 179.

Ao ser requerido pela parte, a despeito de entendimento contrário que sustenta a análise da conveniência e oportunidade para a admissão ou não do instituto em cotejo, destacamos que tal solicitação geraria um direito subjetivo processual aos atores processuais em questão. A uniformização de jurisprudência não pode ser interpretada apenas à luz do processo em que a divergência reina, todavia em uma visão lata sua exegese deve ser realizada como instrumento para a segurança jurídica, ao lado da própria modulação dos efeitos temporais decisórios já abordados neste trabalho, afinal se assim não fosse não poderíamos afirmar o que seria “entendimento dominante” e muito menos quando este mudaria a fim de fundamentar uma eficácia prospectiva da decisão. Nesse sentido, lecionam Freddie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, citando José Marcelo Menezes Vigiliar²³:

O incidente de uniformização de jurisprudência afigura-se como garantia do jurisdicionado. Presentes seus requisitos – impõem os valores igualdade, segurança, economia e respeitabilidade –, deve ser instaurado. Trata-se de técnica processual perfeitamente identificada com os postulados mais nobres existentes em nosso ordenamento e intimamente ligada ao efetivo acesso ao Judiciário.

Assim, após ser suscitada e admitida a solicitação de uniformização de jurisprudência, o julgamento originário é suspenso, havendo uma cisão funcional de competência, destinando a questão incidente a outro órgão indicado no regimento interno.

Destaca-se que a decisão do incidente é irrecorrível, logo, só pode ser afrontada por meio de embargos de declaração, obedecida a fundamentação vinculada (obscuridade, omissão, contradição) inerente a este pleito recursal. A decisão, que pode ser afrontada por remédio voluntário instaurado na mesma relação processual, é a do órgão originário que completar tal julgamento subjetivamente complexo²⁴.

A Jurisprudência assim deixa a simplória definição etimológica de “dizer o direito”, passando por meios de incidentes processuais e da expansão da concessão de efeitos prospectivos, em caso de mudança de entendimento sobre determinadas matérias a vivificar o direito às dinamicidades sociais, erigindo a força vinculante dos precedentes e a interpretação criativa do Judiciário no cenário pátrio, concretizando o denominado Direito Judicial²⁵.

²³ DIDIER *apud* VIGILIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização da Jurisprudência- segurança jurídica e dever de uniformizar**, *op. cit.*, p.204.

²⁴ Por analogia, visto que a decretação de inconstitucionalidade da lei sob a égide do art. 480 do Código Processo Civil também é um incidente processual, aplica-se a Súmula 513; STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário, não é a do pleno que decide o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.

²⁵ Em sentido contrário, Tércio Sampaio Ferraz Jr. admite tão somente à jurisprudência o papel de meio interpretativo da lei, não chegando a ser fonte do Direito por não ter a força vinculante e obrigatória em sua

Tal perspectiva fora pugnada pelos realistas, os quais afirmavam que o Direito só se constituiria a partir da prolação da sentença judicial ou, de modo mais específico, de sua execução. Apesar da reviravolta copernicana realizada à época com tal pensamento, sobressaindo à irrestrita separação dos poderes defendida pelos racionalistas, há nítida parcialidade naquela corrente por considerar tão somente a jurisdição contenciosa, ignorando por completo a existência de uma jurisdição graciosa²⁶, cuja lide, enquanto elemento acidental do processo, inexistente.

Em suma, pautada pela paradigmática frase de Charles Hughes, então Presidente da Suprema Corte Norte-Americana, observa-se que “vivemos sob uma constituição, mas a constituição é o que os juízes afirmam que ela é”²⁷. Tal alegação não é estrita à realidade do *Common Law*, incidindo perfeitamente também a sistemas jurídicos eminentemente legais.

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

3. STARE DECISIS E OS PRECEDENTES: FERRAMENTAS DE COERÊNCIA E ESTABILIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O *Stare Decisis* é uma construção jurisprudencial, que remonta originalmente a Willian Blackstone, da Inglaterra, sob a parêmia de que os juízes não criam direito novos, apenas revelam e concretizam os que estão inscritos no sistema, formulando os precedentes, que seriam decisões judiciais que poderiam influenciar a solução de lides supervenientes, desde que conservem substratos fáticos análogos. Tal técnica de uniformização de julgados, conforme evidenciado no caso *Payne v. Tennessee*²⁸, “não é um comando inexorável; é,

essência (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 37).

²⁶ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁷ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁸ Tradução de André Frederico de Sena Horta. No original: (...) *Stare decisis* is not an inexorable command; rather it is a principle of policy not a mechanical formula of adherence to the latest decision”. (NUNES, Dierle José Coelho. **O Brasil entre o civil law e o Common law: A tendência de padronização decisória (uso de precedentes)- Iter mínimo para sua aplicação**. Disponível em: <http://esameavvocato.diritto.it/docs/31927-o-brasil-entre-o-civil-law-e-o-common-law-a-tendencia-de-padroniza-o-decis-ria-uso-de-precedentes-iter-minimo-para-sua-aplica-o>. Acesso em: 3 de dezembro de 2011.

sobretudo um um princípio político, e não uma fórmula mecânica de aderência a última decisão”. O uso dos precedentes não pode, sob o fito de perquirir uma igualdade meramente formal, afrontar a reconstrução interpretativa do Direito por meio da fixação de provimentos jurisdicionais que vigorariam *ad eternum*, nem inibir o acesso à justiça pelos cidadãos em demandas supervenientes ao precedente fixado²⁹.

A noção de precedente é visualizada pelo ordenamento jurídico, *ab initio*, como um fato, ou seja, havendo decisão jurisdicional, o fato ocorrerá em qualquer sistema jurídico. Os efeitos correlatos ao fato são *ex lege*, isto é, incidem a despeito de qualquer manifestação jurisdicional, subsumindo-se a classificação de ato-fato jurídico. A importância conferida a tal fato irá variar com as peculiaridades do sistema jurídico de cada país, seja meramente persuasiva ou vinculante.

O precedente não é uma realidade circunscrita tão somente ao *Common Law*, mas incidente em qualquer sistema jurídico, variando apenas a eficácia que possui. Define-se, portanto, como decisões judiciais aptas a influenciar a solução de lides supervenientes, desde que conservem substratos fáticos análogos sem prejuízo do caráter polissêmico do termo.

A despeito de não estar prevista na Constituição sintética ianque ou em lei federal, visa garantir a coerência e a estabilidade de causas a serem julgadas com base em decisões proferidas *a priori*, desde que conservem uma similitude fática entre elas, tolhendo, de certa forma, o juízo axiológico operado pelo magistrado diante do caso *sub judice*. Entendemos, contudo, que essa flexibilização não malfere o livre convencimento motivado atinente ao Julgador, visto que técnicas interpretativas específicas do *Common Law* constituem parâmetros objetivos que permitem breçar a eficácia dos precedentes em determinadas ocasiões. Nesse sentido, leciona José Miguel Garcia Medina³⁰:

O juiz, para não aplicar o entendimento materializado em um precedente jurisprudencial, poderá valer-se de técnicas similares às utilizadas no sistema do *common law*, dentre as quais destacam-se o *overruling* e a *distinguishing*. Sob esta perspectiva, passa também a ganhar relevância a distinção entre *obiter dicta* e *ratio decidendi*, habitualmente feita em sistemas de *common law*, mas que também deve ser considerada, entre nós, para que se compreendam, com exatidão, os elementos

²⁹ Neste sentido, Dierle Nunes buscando evitar a aplicação mecânica dos precedentes, defende a construção de um processo jurisdicional democrático que venha a perquirir uma igualdade efetiva para todas as litigiosidades, não afrontando o acesso à justiça enquanto garantia constitucional. Sob este fito, elenca certas condicionantes à aplicação dos precedentes: 1) Exaurimento da lide em questão antes de formular um padrão decisório; 2) Análise histórica da aplicabilidade da tese pelos órgãos pretorianos; 3) Estabilidade decisória no próprio tribunal (stare decisis horizontal); 4) Aplicação discursiva do precedente pelos tribunais inferiores (stare decisis vertical); 5) Segregação da ratio decidendi das obiter dicta da decisão; 6) Delinear técnicas de superação dos precedentes, como o distinguishing e overruling. (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.)

³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **A importância dos precedentes no Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.medina.adv.br/vernorticia.php?codigo=2316>>. Acesso em: 26 de outubro de 2011.

que devem ser levados em consideração, em um precedente jurisprudencial.(grifo nosso).

A *ratio decidendi*³¹ é o motivo que fundamenta o teor da decisão judicial prolatada, tornando-se vinculante para os demais juízes e para as partes diante de eventuais casos supervenientes. Logo, infere-se que no Direito Americano tal paradigma constitui fonte formal e material do Direito, visto que é plenamente admissível que a *ratio decidendi* seja colmatada por meio dos precedentes. A *obiter dicta* refere-se à manifestação do órgão jurisdicional dispensável à solução do tema submetido à apreciação do Poder Judiciário. Trata-se portanto, de fundamento de reforço retórico, jamais posicionado na parte dispositiva do julgado. Assim, não vincula os casos subsequentes, tendo apenas uma “eficácia persuasiva” na medida da força de seus fundamentos.

A vinculação aos precedentes³² não pode ocorrer de forma irrestrita, existem mecanismos através dos quais a Corte pode evitar a força gravitacional³³ dos precedentes³⁴, dentre os quais destacaremos o *distinguishing method* e o *overruling*. Naquele o precedente é afastado em virtude de uma circunstância fundamental que o diferencie do caso anterior. Não é necessário, entretanto, abandoná-lo a súmula ou entendimento pretoriano, mas apenas afastá-lo no caso concreto, conforme ocorre no sopesamento axiológico dos princípios.

O *overruling*, por sua vez, corresponde à revogação expressa do precedente, podendo ser feita até pelo mesmo tribunal que o fixou. *A priori*, o entendimento que vigorava, sobretudo na Suprema Corte Americana, era que o *overruling* incidia em face de precedentes evitados de erros de direito quando da sua cognição e consequente formulação pelos

³¹ A definição de *ratio decidendi* é deveras debatida pela doutrina inglesa, Arthur Goodhart embasa tal delimitação conceitual como sendo a indução realizada pelo julgador advinda da cognição interpretativa dos fatos materiais a ele expostos(XXX). Neil Maccormick pauta-se por um raciocínio dedutivo, compreendendo a *ratio decidendi* como uma norma geral elaborada pelo juiz em casos que a norma legislada propriamente dita não se exterioriza consoante a tutela jurisdicional requestada pelas partes. (MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e teoria do direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2006, p. 83-90.

³² A vinculação aos precedentes é visualizada sob o viés horizontal e vertical. Neste, em virtude da hierarquia entre os órgãos judicantes, a sua obediência é irrestrita. No âmbito horizontal, refere-se que a despeito de se situarem no mesmo órgão judicante, os juízes estão vinculados pelos precedentes formulados pelos seus antecessores, todavia tal cogência pode ser elidida por meio do *overruling* ou pelo *distinguishing method*.

³³ Expressão cunhada por Ronald Dworkin no que tange a eficácia dos precedentes em relação aos casos supervenientes. Nesta toada, ele acaba por reconhecer, por meio dos precedentes, o direito como integridade, sendo por definição fator limitador do mero arbítrio judicial ao analisar a exegese normativa e sua consequente subsunção (DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 204).

³⁴ APPIO, Eduardo. **Controle Difuso de Constitucionalidade- Modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

magistrados, atingindo, por efeitos *ex tunc*, inclusive as decisões tuteladas pela coisa julgada, conforme expõe Eduardo Appio³⁵:

No tocante às decisões da Suprema Corte acerca da interpretação da lei, sempre que esta nova interpretação signifique a revogação do precedente até então existente e aplicável (*overruling*), entende-se que a decisão revogada, em verdade, nunca foi direito, ou melhor, que não expressava de maneira correta o direito e, bem por isto, a nova decisão produziria eficácia retroativa, substituindo a anterior.

Elucidando a natureza jurídica do *overruling*, leciona Thomas da Rosa de Bustamante³⁶:

O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas *judicial departures*, ou seja, dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial. Uma hipótese de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos, para uma nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente.

Sob a vigência da Corte de Earl Warren nos Estados Unidos (1953-1969), tal ideal de retroatividade irrestrita fora rompido, dando ensejo ao *prospective overruling*, isto é, incidiriam tão somente aos casos pendentes de julgamento com fulcro na parêmia *tempus regit actum*. Tal ideal vai ao encontro da previsibilidade dos julgados e da confiança do jurisdicionado, materializada como dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica. Tais ideias foram ainda mais elásticas pela jurisprudência americana, conforme o magistério de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³⁷:

Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra fala-se em *prospective overruling*. Ademais, alude-se a *pure prospective overruling* para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, restando a terminologia *prospective overruling* para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão.

3.1 Dos Efeitos do *Stare Decisis* no *Civil Law* Brasileiro

No Direito brasileiro, por muito tempo, tal teoria foi rechaçada integralmente pelo fato de apenas a parte dispositiva da sentença ser amparada pela coisa julgada, conforme o já mencionado art.469; CPC. Todavia, tal perspectiva tem sofrido temperamentos, no âmbito da Teoria dos Motivos Determinantes. Esta assevera que o motivo, enquanto elemento do ato

³⁵ *Ibidem*, p. 69.

³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. 488 f. 2007. Tese (Doutorado). Departamento de Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-RJ.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do novo CPC**. 1. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 170.

administrativo, deve conservar compatibilidade com a situação fática que propiciou a manifestação de vontade³⁸.

Esse liame entre o motivo e o conteúdo do ato incide sobremaneira sobre os atos ditos discricionários. No âmbito da modulação temporal dos efeitos decisórios, há o fundamento de duas cláusulas gerais: a segurança jurídica e o interesse público. O conteúdo incerto dessas premissas pode dar azo a arbítrios judiciais salvaguardados pela estabilidade das decisões emanadas do Judiciário. Ora, nesses termos, a *ratio decidendi* torna-se vinculante sob o fito de evitar que atos e provimentos jurisdicionais sejam fundamentados tão somente nessas normas de diretrizes indeterminadas³⁹.

Na seara do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ADI, ADC ou na própria edição da Súmula Vinculante, inegavelmente formula um precedente de vinculação vertical perante os demais órgãos pretorianos. Tal afirmação é ratificada pela admissibilidade do instituto da reclamação em caso de descumprimento dos posicionamentos do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro sob o escopo de preservar a sua competência e a autoridade de suas decisões⁴⁰.

No pleito recursal, o agravo regimental interposto em face de decisão monocrática do relator que culmina em negar seguimento ao recurso considerado inadmissível por estar em confronto com súmula ou entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Superiores, conforme o art.557; CPC⁴¹, qualificando-se como um precedente obstativo da revisão de decisões⁴².

Assim, depreende-se um nítido caso de vinculação vertical de precedentes, podendo ser estendida até mesmo ao seu aspecto horizontal caso a matéria já tenha sido sumulada nos Tribunais de Justiça estaduais em face do incidente processual da uniformização de jurisprudência.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. d. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 129.

³⁹ O Superior Tribunal de Justiça já anulou ato administrativo discricionário, que versava acerca do funcionamento de cursos educacionais, sob a justificativa que o fundamento do ato continha genericamente menção ao interesse público (MS 9.944/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki DJ 25.05.2005).

⁴⁰ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **O stare decisis brasileiro**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/322/O_STARE_DECISIS_BRASILEIRO>. Acesso em: 28 de outubro.

⁴¹ Art.557; CPC – “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (Alterado pela Lei 9.756/1998).

⁴² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 390, v. 2.

Do exposto, infere-se:

- (i) a modulação dos efeitos temporais da decisão em caso de mudança de jurisprudência dominante independe de previsão legal, visto que tutela princípios basilares do Estado Democrático de Direito, tais como a segurança jurídica, a estabilidade das relações jurídicas e a confiança do jurisdicionado perante as manifestações do Poder Judiciário;
- (ii) a jurisprudência se sistematiza como fonte do direito, sendo os precedentes tanto no sistema consuetudinário como legal, bem como as súmulas exaradas no Brasil, símbolos da transmutação dos julgados de mero meio interpretativo para *loci* de onde formalmente promana o Direito.
- (iii) o art.27 da Lei nº 9.868 é inaplicável ao caso em que há a mudança do entendimento dominante dos órgãos pretorianos, por conseguinte não se exige o quórum qualificado de 2/3(dois terços) para que a modulação seja efetivada, bastando que se atinja os votos da maioria absoluta dos julgadores.
- (iv) a despeito da desnecessidade de previsão normativa, o Anteprojeto do Código de Processo Civil estende tal ferramenta de uniformização aos órgãos colegiados pátrios em geral, buscando compatibilizar a evolução jurisprudencial e o supraprincípio da segurança jurídica.
- (v) caso esta previsão se concretize, é necessário, de forma imediata, a colmatação dos conceitos das seguintes cláusulas gerais: segurança jurídica e o interesse público, sob pena de dar azo a interpretações judiciais arbitrárias e nulas.
- (vi) a partir do cenário delineado, erigiu-se o incidente processual da uniformização de jurisprudência perante os tribunais como fator *sine qua non* para estabelecimento de critérios definidos acerca do entendimento dos tribunais sobre a temática, evitando que decisões esparsas e colidentes se perenizem.
- (vii) na vertente em análise, visualiza-se que, com a ampliação do poder jurisprudencial, teorias antes de incidência inimaginável no Brasil, como o *stare decisis*, ganham adeptos e que, apesar da vinculação vertical e horizontal a que o julgador está submetido, percebe-se que o livre convencimento não é tolhido, tão somente mitigado, visto que métodos como o *overruling* e o *distinguishing* permitem que se negue adesão aos precedentes, mas de forma excepcional e expressa.
- (viii) no Brasil, já visualizamos exemplos clarividentes do *stare decisis* seja nas decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou na publicação de súmulas vinculantes, que gera uma vinculação vertical para os demais pretórios sob pena da interposição de Reclamação no STF para preservação de sua competência e autoridade. Outro exemplo, é a possibilidade de se negar seguimento a recurso por decisão monocrática do relator em consonância com o entendimento pacificado, uniforme, do tribunal ao que faz parte ou dos tribunais superiores em sentido lato.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle Difuso de Constitucionalidade: modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário.** Saraiva: São Paulo, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quórum de deliberação.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf>>. Acesso em: 26 de outubro de 2011.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2011.

BRASIL.. Lei nº 5869/73. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 de dezembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.868/99.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica.** 488 f. 2007. Tese (Doutorado). Departamento de Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-RJ.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** Almedina: Coimbra, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2010.

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. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 2.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil.** Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 8. ed. Jus Podivm: Bahia, 2009.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **O stare decisis brasileiro.** Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/322/O_STARE_DECISIS_BRASILEIRO>. Acesso em: 28 de outubro de 2011.

GOODHART, Arthur L. Determining the “ratio decidendi” of a case. **Yale Law Journal**, n. 2, ano de 1930, vol. XL. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/790205?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21100707783791>>. Acesso em: 05/04/2012.

KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. **Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8701>>. Acesso em: 26 de outubro de 2011.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do novo CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **A importância dos precedentes no Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.medina.adv.br/vernoticia.php?codigo=2316>>. Acesso em: 26 de outubro de 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 27. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **O Brasil entre o civil Law e o common law: a tendência de padronização decisória (uso de precedentes) – Iter mínimo para sua aplicação**. Disponível em: <<http://esameavvocato.diritto.it/docs/31927-o-brasil-entre-o-civil-law-e-o-common-law-a-tendencia-de-padroniza-o-decis-ria-uso-de-precedentes-iter-m-nimo-para-sua-aplica-o>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2012.

_____. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.