

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATA POLICHUK

SEGURANÇA JURÍDICA DOS ATOS JURISDICIONAIS

**CURITIBA
2011**

RENATA POLICHUK

SEGURANÇA JURÍDICA DOS ATOS JURISDICIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni

**CURITIBA
2011**

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA POLICHUK

SEGURANÇA JURÍDICA DOS ATOS JURISDICIONAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni (orientador - UFPR)

Professor Dr. Sérgio Cruz Arenhart (UFPR)

Professor Dr. Daniel Francisco Mitidiero (UFRS)

Curitiba, 16 de março de 2011.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à mulher mais maravilhosa que já conheci e cuja força e sabedoria formaram um legado que certamente marcou a vida de todas as pessoas que tiveram a honra e o privilégio de conhecê-la e de admirá-la.

Que a sua luz continue sempre a brilhar e iluminar os meus caminhos.

À minha grande mestra e amada mãe Méri de Oliveira Polichuk (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre estar em meu coração para me conservar, ser meu guia para me conduzir, estar ao meu lado para me proteger e sobre mim derramar as suas bênçãos.

Ao meu amado pai, pelo exemplo de vida e de dignidade, e pelo apoio incondicional para a concretização dos meus sonhos, dentre eles a conclusão do meu mestrado.

A Antônio Douglas Villatore, meu padrinho posticho e exemplo de intelectualidade, pela criteriosa revisão textual e pela adequação do presente trabalho aos parâmetros da língua portuguesa culta. Com ele, também agradeço a sua esposa, Miriam Villatore, minha madrinha do coração, pela segurança e pela confiança que ambos transmitem a minha vida.

Ao Dr. Luiz Guilherme Marinoni, por generosamente compartilhar de seu conhecimento e fazer despertar em mim o raciocínio crítico do Direito Processual Civil e, também, pela valiosa orientação.

Aos colegas do mestrado, em especial, Karina da Silva Magatão e Maira Portes, cuja amizade será um dos grandes legados que levarei deste curso.

Aos meus amigos de longa data, Fernanda Kfoury Lopes, Pablo Bonilla Chaves, Renata Zerbini de Araújo, Rosemary Alves de Souza Silva, Silmara Marchioretto, Silvana Silva Santos, e, também minha irmã, Fernanda Polichuk Vendramin, por terem confiado em mim, quando eu mesma cheguei a duvidar, e por não medirem esforços para me ajudar durante todo o percurso.

À Maria de Lourdes de Souza e à Anniele Caroline Polytowski Domingues, minhas queridas amigas e colegas de escritório, sem as quais não teria podido dele afastar-me e dedicar-me à realização deste trabalho.

Por fim, mas não menos importante, a Ivan Carlos Vicentin, meu companheiro de todas as horas, pelo incentivo diuturno, pela ajuda concreta na transcrição dos textos e na organização dos referenciais teóricos e, principalmente, pelo amor e paciência, aguentando minhas instabilidades emocionais enquanto eu pesquisava a tão almejada estabilidade do Direito.

“Justiça extrema é injustiça”.
(Marcus Cícero)

RESUMO

A segurança jurídica decorre da confiança e da previsibilidade depositadas nas estruturas do Estado. Esta concepção de segurança jurídica somente pode ser alcançada mediante um sistema estável de decisões judiciais. Nos países do *common law*, historicamente, observou-se uma maior aproximação sistêmica desses valores, com a adoção da teoria do *stare decisis* e a elaboração de técnica própria para revogação e alteração dos precedentes, preservando a confiança neles depositada. A compreensão e a comparação entre os sistemas jurídicos do *common law* (tradição anglo-saxã) e do *civil law* (tradição romano-germânica), demonstra que os fins perseguidos são os mesmos, embora as técnicas para sua obtenção, ainda, sejam diversas. A análise da atual formatação do sistema brasileiro aponta para a aproximação dos dois modelos jurídicos apresentados, e a perfeita aceitação de uma teoria constitucional de precedentes obrigatórios no Brasil. Admitida a vinculação das decisões judiciais das Cortes Extraordinárias (STF e STJ), e reconhecida a necessidade de conferir mais segurança e confiabilidade aos atos jurisdicionais, pertinente à avaliação dos efeitos dessas decisões e o reconhecimento de sua submissão ao princípio da irretroatividade do Direito. As decisões judiciais devem ser capazes de suprir a demanda de estabilidade, de previsibilidade e de confiança dos jurisdicionados e dos cidadãos. Assim, as modificações da jurisprudência estável somente são possíveis com a ressalva ao princípio da proteção da confiança, imprimindo efeitos prospectivos às alterações. A elaboração e a adoção de técnicas que alcancem a segurança jurídica, preservando-se o próprio Estado Democrático de Direito, em consonância com os demais princípios constitucionais, despontam para a real aproximação do eterno desejo de Justiça.

Palavras-chave: Segurança jurídica. *Common law*. Precedentes judiciais. Efeitos da alteração de precedentes. *Civil law*. Vinculação das decisões do STF e STJ. Modulação de efeitos das decisões judiciais. Técnicas adequadas à Justiça.

ABSTRACT

The principle of legal certainty stems from the reliance and predictability required of a State structure. This conception of the principle of legal certainty can only be achieved through a stable system of judicial decisions. In *common law* countries, historically, there was a noteworthy systematic approach of these values, through the adoption of the *stare decisis* theory and the development of a proper technique to overrule precedents, preserving the reliance placed on them. The comprehension and comparison of the legal systems of *common law* (Anglo-Saxon tradition) and *civil law* (Roman-Germanic tradition) shows that the outcomes pursued are the same, although the techniques for obtaining it are still different. The analysis of the actual form in Brazilian system points to a rapprochement between these two legal systems, and to a perfect acceptance of a constitutional theory of binding precedents in Brazil. Accepted the binding force of the Supreme Courts judgments (STF and STJ), and recognized the necessity to confer more certainty and reliability to the jurisdictional acts, concerning to the assessment of the effects of these decisions and the recognition of its submission to the principle of the non-retroactivity of Law. Judicial decisions should be able to supply the demand of stability, of predictability and of maintaining the confidence of litigants and other members of society. Thereby changes in the stable jurisprudence are only possible with the exception to the principle of reliance protection, conferring prospective effects to the changes. The elaboration and adoption of techniques that achieve the principle of legal certainty, keeping safe the own democracy and the rule of law, in line with other constitutional principles, seems to approach the eternal desire of Justice.

Keywords: Principle of legal certainty. *Common law*. Judicial precedents. Effects of overruling precedents. *Civil law*. Binding decisions of the *STF* and *STJ*. Modulation effects of judicial decisions. Appropriate techniques to Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A SEGURANÇA JURÍDICA	18
2.1 A SEGURANÇA JURÍDICA E O ESTADO DE DIREITO.....	18
2.2 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.....	27
2.3 A QUESTÃO DA PREVISIBILIDADE	34
2.4 A CRISE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL.....	36
2.4.1 Insegurança Judicial e Estado de Exceção	39
2.4.2 (Des)Confiança na Justiça Brasileira	43
3 A SOLIDEZ DAS DECISÕES NO SISTEMA DE COMMON LAW	49
3.1 A TEORIA DOS PRECEDENTES	49
3.1.1 A Doutrina do <i>Stare Decisis</i>	49
3.1.2 <i>Ratio Decidendi</i>	52
3.1.3 <i>Obiter Dictum</i>	59
3.2 A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SISTEMA DE COMMON LAW	60
3.2.1 A não Aplicação do Precedente pela Técnica do <i>Distinguishing</i>	64
3.2.2 A Revogação do Precedente pela Técnica do <i>Overruling</i>	70
3.2.3 Outras Técnicas de Alteração de Precedentes	80
3.2.3.1 A técnica da sinalização - <i>technique of signaling</i>	81
3.2.3.2 A modificação de um precedente – técnica da <i>transformation</i>	83
3.2.3.3 A derrogação de um precedente – técnica do <i>overriding</i>	86
3.2.3.4 A técnica da elaboração de distinções inconsistentes - <i>the drawing of inconsistent distinctions</i>	87
3.3 EFEITOS DAS DECISÕES QUE ALTERAM PRECEDENTES.....	89
3.3.1 Retroatividade	90
3.3.2 Prospetividade.....	94
3.4 BREVES REFLEXÕES SOBRE A DOCTRINA DOS PRECEDENTES	102
3.4.1 Aparentes Desvantagens dos Precedentes Obrigatórios.....	102
3.4.2 Virtudes da Doutrina dos Precedentes Obrigatórios.....	110
4 A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL: NECESSIDADE DE ESTABILIDADE .	118
4.1 A TRADIÇÃO DO CIVIL LAW.....	118

4.2	O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO	127
4.3	O USO DOS PRECEDENTES NO BRASIL	134
4.3.1	Os precedentes obrigatórios lidos a partir da Constituição brasileira	136
4.3.1.1	As decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	142
4.2.1.2	A disciplina legal da aplicação dos precedentes no Brasil	151
4.2.1.2.1	As inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil	156
4.3	A NECESSÁRIA ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	160
4.4	OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA IRRETROATIVIDADE DOS ATOS JURISDICIONAIS	163
4.5	OS EFEITOS DAS DECISÕES QUE ALTERAM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	175
5	A ESTABILIDADE JURÍDICA COMO CRITÉRIO ÚLTIMO DE JUSTIÇA ...	190
5.1	DEBATES HISTÓRICOS SOBRE A JUSTIÇA.....	191
5.1.1	Antigas Tradições.....	191
5.1.2	Tradições do Século XX: o Debate Liberal-Comunitarista.....	194
5.1.2.1	A proposta liberal.....	195
5.1.2.2	A proposta comunitarista e suas críticas ao liberalismo	196
5.1.2.3	As críticas liberais ao comunitarismo	196
5.1.3	Atuais Tendências Híbridas.....	197
5.2	PROCEDIMENTOS E JUSTIÇA PROCEDIMENTAL PURA.....	198
5.3	A ESTABILIDADE DAS DECISÕES COMO FORMA DE ALCANÇAR A JUSTIÇA	201
6	CONCLUSÃO	209
	REFERÊNCIAS.....	214

1 INTRODUÇÃO¹

O presente estudo elegeu como premissa o estudo do Direito a partir dos valores constitucionais. A Constituição é a lente que permite investigar e desvendar o Direito. Embora pareça óbvia a escolha, como se demonstrará no decorrer deste trabalho, por muitas vezes, os dogmas rançosos do passado têm cegado os olhos e a mente, impedindo a leitura e a compreensão dos reais desideratos constitucionais. Somente através do delineamento dos verdadeiros objetivos constitucionais é que se torna possível perquirir quais as técnicas que os servirão, jamais o contrário.

Não se pode conceber uma técnica - pautada em valores dissociados daqueles eleitos pelo Estado Constitucional - e, a partir dela, promover a leitura Constitucional. Isso seria inverter a ordem natural das coisas. Seria o mesmo que partir da conclusão, para, somente então, localizar a fórmula (ou premissa) básica do raciocínio jurídico, o que não se pode mais tolerar.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, será o ponto central de todo o presente estudo, o que não impede a incursão pelo direito comparado com o fito de bem compreender técnicas capazes de melhor tratar a Constituição brasileira.

O preâmbulo constitucional anuncia os postulados que devem gerir as ações do Estado² determinando os fins de sua promulgação: “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

Nesse pequeno, mas memorável discurso, já se depreendem as intenções constitucionais, dentre elas os primados da liberdade, da segurança, da igualdade e da justiça. Logo ao início do texto constitucional, tais valores estão, novamente, em

¹ O presente estudo foi redigido de acordo com as regras do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa em vigor no Brasil desde 01 de janeiro de 2009, porém, todas as citações foram mantidas de acordo com o original.

² Como ensina Alexandre de Moraes “o preâmbulo deve sintetizar sumariamente os grandes fins da Constituição, servindo de fonte interpretativa para dissipar as obscuridades das questões práticas e de rumo para a atividade política do governo”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51.

destaque. O artigo 5º consagra que “todos são iguais perante a lei”, com a garantia de “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Percebe-se que liberdade, igualdade e segurança são princípios que interagem mutuamente, e conjugados à perfeição, formarão a feição mais límpida da Justiça, na concepção apropriada de Estado Democrático de Direito. São estes os valores que devem ser perseguidos incessantemente pelo Estado, em todas as suas esferas de atuação. Não se pode sequer pensar-se em um Estado Democrático de Direito, sem a consecução de seus valores supremos.

Obviamente, não constitui tarefa fácil a aproximação e a reunião de tais princípios de forma a efetivá-los no mundo fático. Justamente este é o ponto que merece dedicação e estudo, sem qualquer pretensão de soluções definitivas.

Com o objetivo de tentar promover a integração de tais valores, parte-se do estudo do princípio da segurança jurídica, com vistas a localizar os pontos de interseção deste com os demais valores constitucionais, conjugando-os, no decorrer do trabalho, para aproximá-lo do verdadeiro espírito constitucional.

Cumprido destacar que a “segurança jurídica sempre foi objeto de estudo da doutrina, mas nos tempos de crise, a instabilidade das instituições e das relações humanas exige novas reflexões para encontrarmos fórmulas objetivas de uma justiça que restabeleça o equilíbrio social”³.

A realidade brasileira, sem dúvidas, demanda o estudo do primado anunciado. A aplicação do Direito no Brasil tem se mostrado cada vez mais distante dos objetivos constitucionais. A evidente crise de segurança se agrava diuturnamente diante da aleatoriedade das decisões judiciais e da instabilidade do sistema jurídico, gerando inefetividade da Justiça e seu conseqüente descrédito. O sistema jurídico brasileiro, como pensado atualmente, não é capaz de garantir ao cidadão a tão almejada segurança e Justiça prometidas pela Carta Magna.

É preciso analisar os elementos principais da crise de instabilidade e insegurança – e, conseqüentemente, de afastamento da Justiça constitucional - para tentar formatar uma teoria que seja capaz de reconduzir o raciocínio jurídico,

³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico jurídico. São Paulo: LTR, 1996. p. 17.

repensando as estruturas básicas do sistema jurídico brasileiro, aproximando-o dos valores supremos da Constituição e da efetivação de um Estado, verdadeiramente, de Direito.

Um Estado de Direito só existe à medida que se reconhece a existência de normas, regendo-o. As regras devem ser previamente definidas e moldadas de forma que haja coerência jurídica capaz de gerar segurança e confiança aos cidadãos acerca do planejamento de suas condutas e do Direito exigível.

A segurança jurídica somente poderá ser observada em um ambiente jurídico que permita aos seus agentes conhecer, prever e confiar nas normas que determinam o Estado, e igualmente, regem as condutas humanas.

O ponto central de investigação reside, justamente, em localizar quais são os elementos capazes de sustentar, legitimamente, essa concepção de segurança jurídica e conduzi-la à ideia de Justiça.

No Brasil, ainda persiste a crença de que a segurança, bem como a igualdade e a Justiça, estariam satisfeitas com a proliferação do corpo legislativo. Seriam as leis, nas suas mais vastas competências, que determinariam o caminho seguro para que os cidadãos gerissem suas vidas, e, ao mesmo tempo, seriam as leis que abstratamente confeririam igualdade e Justiça a todos aqueles que a ela se submetem – em uma leitura literal e restrita do texto contido no artigo 5º da Constituição da República. A realidade, contudo, mostra-se severamente diversa:

A verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela da segurança. Sublinhe-se que o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode — conforme o juiz sorteado para analisar o caso — ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário⁴.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente - na dimensão da segurança jurídica. In: _____ (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 211-226.

Diante do reconhecimento de que a premissa, firmada na estabilidade do sistema jurídico, através da produção de textos legislativos escritos, demonstrou conduzir a uma conclusão inválida, passou-se ao estudo de outros sistemas jurídicos que, com base em tradição jurídica diversa (*common law*), parecem conferir maior efetividade aos pressupostos da segurança jurídica, pautando-se em um sistema mais previsível e sólido.

Dentre os pioneiros no estudo do *common law*, no Brasil, Maira Portes, em obra coordenada por Luiz Guilherme Marinoni, traça o principal ponto de interseção a justificar e nortear o estudo aqui proposto:

(...) na *common law* a previsibilidade que se espera do Poder Judiciário ocupa papel de relativa importância, o que não acontece, normalmente, no sistema de *civil law*. Até mesmo porque neste sistema a previsibilidade reside na lei e no processo legislativo, o que deveria irradiar sobre o julgamento dos casos postos ao exame do Judiciário, mas que acaba por constituir uma espécie de falácia, em razão, principalmente, do fato de que a lei constitui mandamento de caráter geral, não sendo sensível às peculiaridades do caso concreto, como acabam sendo os precedentes⁵.

Avança-se sob o estudo da tradição anglo-saxã do *common law*, que aderiu à teoria do *stare decisis* como forma de preservar seus valores constitucionais, em especial os voltados à proteção da igualdade, da liberdade e da segurança.

O estudo a distância de um sistema jurídico pautado em tradições diversas da adotada no cenário nacional não é missão das mais singelas e exige do exegeta um verdadeiro exercício de abstração e desprendimento de alguns conceitos e preconceitos, visando à compreensão mais ampla do sistema que se propõe a estudar. É pouco mais que evidente que a extensão e a profundidade do presente estudo não permitiram a análise exaustiva de todos, nem ao menos de um sistema jurídico do *common law*.

A investigação empreendida limitou-se à apreensão dos institutos e técnicas que são caras ao aperfeiçoamento do Direito brasileiro, qual seja, a teoria dos precedentes, em especial das técnicas utilizadas para modificação dos precedentes, sem que isso implicasse fator de insegurança e de desestabilidade.

⁵ PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: Idem. p. 103-128.

Por ser o uso do precedente uma técnica, Marcelo Alves Dias de Souza adverte acerca da dificuldade de aprendê-la, como asseverado por Farnsworth, “por meio da leitura de uma discussão da doutrina, quanto o é aprender a andar de bicicleta através do estudo de um livro sobre mecânica, acrescentando que o assunto é controverso”⁶.

Nada obstante, não é impossível compreender seus vocábulos e institutos a fim de poder aprimorar o raciocínio e apreender elementos úteis ao objetivo deste trabalho. Na esteira de autores anglo-americanos, e das interpretações já anunciadas por alguns precursores juristas brasileiros, pretende-se fornecer os conceitos gerais e enfrentar algumas das questões mais palpitantes da teoria dos precedentes.

O ponto que mereceu especial atenção foi o voltado à demonstração de, na teoria do *stare decisis*, ao contrário do apontado por muitos que a repudiam, não se criar um sistema estático e imutável. A doutrina é formulada para compreender as nuances que a evolução do Direito exige, sem, contudo, perder suas características próprias de conferir segurança e igualdade, com especial preocupação à proteção da confiança depositada nas regras do sistema – aqui claramente reconhecidas também como aquelas produzidas pelo Poder Judiciário.

Despindo-se dos preconceitos que a ignorância conduz, afastando as visões quase monoteístas dos que têm os dogmas ultrapassados do *civil law*, como elementos sagrados de um sistema que sob essas premissas não podem mais sobreviver, pondera-se as virtudes e as desvantagens do *stare decisis* e passa-se a raciociná-las dentro do sistema brasileiro.

Analisadas as origens do *civil law* e sua atual conotação frente à realidade brasileira, pode-se observar que os abismos traçados entre as duas tradições ocidentais não passam de barreiras meramente ilusórias, sustentadas tão somente pela ignorância e pelo insistente repúdio de muitos em raciocinar acima dos dogmas impostos pelo passado.

⁶ FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of United States*. 2. ed. New York, 1968. p. 63. *Apud* SOUZA, MARCELO Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 124.

A realidade brasileira está muito distante daquele solo fértil no qual foi semeado o *civil law*. O constitucionalismo rompeu com os estandartes que sustentavam as bandeiras da Revolução Francesa, revelando uma dimensão muito mais vasta de realidades que demandam o aprimoramento do Estado, especialmente da tutela jurisdicional, como elemento verdadeiro de efetividade e realização do Direito em todas as suas esferas.

Não se mostra mais possível pensar os sistemas do *common law* e do *civil law* de formas absolutamente estanques. É necessário perceber as mudanças jurídicas e sociais que demandam uma nova reflexão acerca da necessidade de manutenção da segurança jurídica, por meio de uma maior previsibilidade dos cidadãos a respeito das expectativas que podem criar com relação ao Estado e à efetivação da Justiça.

Com arrimo no texto constitucional, é possível extrair que o sistema judiciário brasileiro não apenas comporta, mas exige, o cumprimento das promessas constitucionais, através da garantia de um sistema estável, seguro e justo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, nos seus artigos 102 e 105, há tempos já anunciou sua preocupação com a uniformidade das decisões judiciais, imprimindo aos Tribunais Extraordinários competências específicas para promoção deste fim. A regra constitucional, no entanto, tem sido maltratada justamente por aqueles que deveriam zelar por ela.

Assinala Luiz Guilherme Marinoni:

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a esta situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. Aliás, nas salas do *civil law* sempre se viu escrito sobre a cabeça dos juízes que a lei é igual para todos. Trata-se não só de lembrança que não basta, mas que acaba por constituir piada de mau gosto àquele que, perante uma das Turmas do tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta a 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 lei.⁷

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2. p. 533-588.

Repensar a função dos Tribunais Extraordinários não é faculdade acadêmica, mas uma imposição lógica e necessária ao aprimoramento das instituições democráticas e o primeiro de muitos dos curativos necessários para estancar as feridas que estão por matar o próprio sistema judiciário brasileiro.

Dentre as preocupações estampadas com relação à estabilidade das decisões judiciais e à exigência de respeito às decisões dos Tribunais Extraordinários, reside a questão pertinente aos efeitos dessas decisões. Uma vez reconhecido serem as decisões judiciais, ou ao menos deveriam ser, fontes seguras ao aprimoramento do Direito, à preservação da segurança, da confiança e da previsibilidade das condutas exigidas pelo Estado, emerge a preocupação com os efeitos por ela propagados.

Os efeitos das decisões que alteram o posicionamento dominante dos Tribunais, em especial dos Extraordinários, não podem ser negligenciados. Ao se resgatarem o raciocínio expendido com a alteração dos precedentes na teoria do *stare decisis*, a modulação dos efeitos das decisões - que guardem a qualidade de servir de suporte ao sistema jurídico -, devem ser pensados sob a ótica dos valores já elencados como centrais do Estado de Direito. Elementares para a concretização dos princípios e das garantias constitucionais, retoma-se a preocupação com a proteção da confiança, aliada à concretização da boa-fé objetiva e à proibição de retrocesso do Direito.

Da observação desses propósitos constitucionais decorre a aplicação uniforme do Direito. A uniformidade não é uma regra que se encerra em si mesma, pois transcende seus limites, interagindo com os pressupostos de segurança, igualdade e, por fim, Justiça.

Neil MacCormick, no prefácio à edição brasileira de sua obra, proclamou: “a criação e a aplicação razoável do Direito é um objetivo valioso e digno do esforço humano. Não é uma garantia de justiça perfeita, mas é certamente uma proteção contra as piores formas de injustiça”⁸.

Muito embora a elaboração de um conceito universal de Justiça seja tarefa deveras perniciososa, não há receio em afirmar que a Justiça, nas suas mais diversas

⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Tradução Conrado Hüber Mendes. Rio de Janeiro: Elvier, 2008. p. X.

faces, só poderá ser alcançada fora dos bancos da academia, quando se conferir o mínimo de efetividade à Constituição e a seus valores supremos.

A Justiça só se efetivará mediante a preservação da igualdade, da confiança e da segurança das relações jurídicas, pensando-se o Direito por seus valores – eleitos constitucionalmente. Eis a tese a amparar a persecução de técnicas capazes de conformar a realidade, sem preconceitos, sem ignorância, sem pretensões egoísticas ou vaidosas, mas na compreensão exata de que o raciocínio jurídico e a criação de instrumentos para a sua atividade são eternos súditos da Constituição.

2 A SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 A SEGURANÇA JURÍDICA E O ESTADO DE DIREITO

O Direito surge como elemento indispensável para regular a vida e a conduta das pessoas que vivem em sociedade. Uma sociedade dita civilizada só é possível quando o cidadão encontra um parâmetro seguro para poder conduzir os atos da vida civil, familiar e profissional. Afirma J. J. Calmon de Passos: “civilizar-se é colocar imune ao arbítrio e isto só é possível quando deixamos de nos submeter ao governo dos homens e passamos a obedecer a um conjunto de regras”⁹.

Afinal, “o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e de forma responsável a sua vida”. Pautado nisso J. J. Gomes Canotilho considerou “como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica; e o princípio da confiança do cidadão”¹⁰.

O conteúdo desses princípios aponta para a “necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos. Daí que andem também associados à moderna teoria da legislação preocupada em racionalizar e otimizar os princípios jurídicos de legislação inerentes ao Estado de Direito”¹¹.

O Ministro José Augusto Delgado, em breve retrospectiva acerca do Estado de Direito e sua conformação com a segurança jurídica e seus aspectos basilares, expôs:

O Estado de Direito surgiu na metade do Século XIX em face dos movimentos doutrinários e políticos para a sua consagração. A partir desse momento, passou a se considerar, em sede de expansão conceitual, que a atuação do Estado, embora voltada para proporcionar o bem comum ou a felicidade da vida, a segurança, a saúde, a educação e a prosperidade dos seus administrados, além de proteger os seus direitos individuais, devia seguir a linha determinada pelo ordenamento legal positivo que ele próprio criou, impondo a si mesmo essas regras, auto limitando-se, o que significou o afastamento do Estado com Poder totalitário.

Os reflexos dessas mudanças impõem considerar que o Estado de Direito está sustentado em dois fundamentos: a segurança e a certeza jurídica. Esses princípios são absolutamente necessários para que a função

⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: Julgando os que julgam**. Rio de Janeiro: Meridional, 1999. p. 103.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 375-376.

¹¹ *Ibidem*.

estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência para de julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade¹².

No exato sentido de que “não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito”¹³, estas regras “podem tomar a forma de dispositivos em tratados ou em textos constitucionais, ou mesmo leis ordinárias e precedentes judiciais”¹⁴. Importa destacar é que “valores como segurança e certeza jurídica somente podem ser realizados na medida em que um Estado seja governado de acordo com regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas”¹⁵.

Esse sistema de normas isoladamente não possui sentido suficiente em si, sendo necessário interpretá-las e valorá-las, para só então ser possível afirmar, ainda, segundo Neil MacCormick, que “tudo isso estabelece uma moldura capaz de proporcionar previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto de agentes públicos como de cidadãos providos”¹⁶.

Indene de dúvidas é necessário que o cidadão saiba o que o Estado espera dele, e como deve portar-se perante este. Também é indispensável que o cidadão tenha a certeza e a firmeza em suas condutas podendo adequá-las ao ordenamento, ou ainda, tendo a plena consciência de que caso haja em desconformidade com as normas, ou assim o façam com relação a ele, saiba o que se esperar do Estado com relação à solução destas transgressões.

Dos ensinamentos de Osvaldo Ferreira de Melo sobre Política Jurídica, extrai-se que, do Direito de Exigibilidade¹⁷, indispensável para a realização da

¹² DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional.** Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/jspui/.../O_Princípio_da_Segurança_Jurídica.pdf>. Acessado em: 15 jun. 2009.

¹³ MACCORMICK, N. *Op. cit.* p. 17.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Para o autor, o direito de exigibilidade é razão da existência da norma positiva e implica o fato de que “existe a faculdade de ação judicial sempre que o direito subjetivo for ferido por ação ou omissão ilícita ou mesmo quando houver ameaça de ilicitude” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito.** Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998. p. 37 *apud* CASALI, Guilherme Machado. **Sobre o conceito de segurança jurídica.** Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_machado_casali.pdf>. Acessado em: 15 jun. 2009.

bilateralidade atributiva da norma jurídica¹⁸, tem-se como necessário lançar mão do processo judicial¹⁹. Reconhece-se que, na prática processual, nem sempre da racionalidade jurídica, resulta a exigibilidade do direito. Afirma o autor:

No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos, que Bobbio chama a Política do Poder: é preocupação nítida do Estado a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então, se confundem com os do próprio Estado. [...] O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos “garantidos” pela ordem jurídica, sejam efetivos²⁰.

Assim, ao tratar da segurança jurídica individual, aduz não bastar a hipótese abstrata da garantia do “direito de exigibilidade” e suas hipóteses de sanção, mas, “que os instrumentos coercitivos do Estado sejam suficientemente eficazes para que a norma substantiva seja aplicada”²¹. Caso contrário, acarretar-se-á “o exercício da exigibilidade se torne uma terrível frustração para o sujeito do direito”²².

Segundo proclama José Afonso da Silva, a segurança jurídica consiste, justamente, no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”²³.

Para que exista segurança jurídica, como alicerce de um Estado de Direito, deve-se perquirir quais são as regras formadoras desse Estado de Direito e como elas se relacionam.

¹⁸ “Refere à interação de pelo menos dois sujeitos vinculados numa relação jurídica da qual decorrem direitos e deveres”. *Idem.*, p. 36.

¹⁹ O processo judicial é entendido como “um sistema de preceitos normativos destinados a dar vida e movimento à ação, e servam de meios adequados para conduzir o feito até a concretização do direito pretendido.”. *Idem.*, p. 37.

²⁰ *Idem.*, p. 38.

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

²³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional Positivo**. 20. ed. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 431.

Para Kelsen²⁴, o Direito “é uma ordem normativa de conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”²⁵. Acrescenta-se ainda:

²⁴ Da comparação entre a primeira e a segunda edição da obra “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen, fica absolutamente claro que, em que pese a base da teoria por ele formulada continuar inalterada, as mudanças ocorridas em seu pensamento são evidentes.

Cumpra observar que entre a primeira e a segunda edição de “Teoria Pura do Direito” os marcos temporais e espaciais são determinantes em seu pensamento. A primeira edição foi editada em 1934, em Genebra, ao passo que a segunda edição só se deu em 1960 quando o autor já se encontrava exilado nos Estados Unidos, mais precisamente na Califórnia.

Antes de adentrar aos detalhes de sua teoria, é importante notar que, primeiramente, Kelsen propõe uma teoria do Direito e não o estudo de determinado ordenamento ou sistema, ou seja, não se propõe a estudar o Direito Alemão ou Americano, o sistema *common law* ou *civil law*. Em segundo lugar, não se pode ignorar que a guinada sofrida na obra deste autor – acerca da teoria da interpretação - se deu após sua estada nos Estados Unidos, nas Universidades de Harvard (1941-1942) e da Califórnia (1945). É possível afirmar que em função de sua observância do Direito Norte-Americano, como igualmente componente deste Direito Geral, a que se propôs analisar, algumas incrementações em sua obra eram necessárias. Nas palavras de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella, que traduziram sua obra “com o direito consuetudinário do *Common Law* trouxe-lhe nova perspectiva e visão, passando Kelsen a considerar o direito de um modo mais plástico fundado nos precedentes”(KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17).

Fica claro perceber que o autor teve forte influência da *common law* para implementar sua obra com especial atenção à interpretação realizada pelo Poder Judiciário, o que fez acrescentar um capítulo totalmente dedicado a esse mister o qual intitulou de “A Interpretação”.

Apesar de o autor não assumir explicitamente a influência norte-americana, na sua corrente de pensamento, tanto no prefácio à segunda edição da “Teoria Pura do Direito”, quanto no prólogo do próprio escritor à edição francesa de Thevenaz (1953), o jurista admite que o transcorrer histórico e as experiências mundiais vividas após o transcurso de duas guerras mundiais não permitiriam que seu texto quedasse inalterado.

Em que pese admitir essas mutações, de certa forma históricas e políticas em seu pensamento, reafirma que tais reelaborações tratam “quase sempre de desenvolvimento mais coerente de princípios; no conjunto – assim o espero – dos frutos de uma explicação ou desimplicação que deflui de tendências que são imanentes à própria teoria, a qual permanece inalterada quanto ao seu núcleo essencial” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XVII.).

Ao final do prefácio à segunda edição, contudo, o próprio autor reafirma que os abalos sociais que interferiram na situação científica e política em que a primeira edição foi escrita não são suficientes, contudo, para afastar da ciência jurídica a objetividade, segundo o que denomina de “positivismo jurídico” em exata oposição à metafísica do Direito Natural que pretende imprimir valor ao Direito e desta forma explicita que “o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita a análise do direito positivo como sendo a realidade jurídica”(Idem. p. XVIII).

Note-se, entretanto, que em momento algum o autor afirma com precisão em que campo estaria completamente inserida a decisão judicial, ora tratando-a como ciência do direito, ora tratando-a como característica da política jurídica.

²⁵ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. p. 5.

(...) se o estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um estado de Direito, esta expressão representa um pleonasmo. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica²⁶.

Observe-se que o jurista austríaco, em momento algum, afirma terem tais normas sido, estritamente, as leis, ao contrário, expressamente reconhece que há duas espécies de normas: as gerais²⁷ e as individuais, que são objetos das decisões judiciais. É absolutamente equivocado afirmar que o Direito decorra exclusivamente da lei. Engessar o sistema jurídico seria, em verdade, transformar a pirâmide de Kelsen em um mausoléu onde “jaz o Direito”.

Interessante notar que, “contrariando o perfil legalista e conservador atribuído a ele pela maior parte dos juristas, Kelsen criou uma teoria da interpretação que estava, de certo modo, à frente do seu tempo”²⁸.

Hart, ao tratar das normas jurídicas como elementos do Direito, também, traz a ideia de necessidade de normas decorrentes do Poder Judiciário. Afirma o autor ser impossível pensar uma sociedade civilizada baseada em normas ditas primárias, é necessário haver um Poder Legislativo para definir quais são as regras a serem seguidas. Enxerga a necessidade de um órgão julgador para imprimir efetividade e evolução ao caráter legislativo. Por fim, visualiza a necessidade de um terceiro elemento, qual seja, o de aplicação das sanções impostas pelas normas. Entende que a mera pressão social não seria suficiente para exercer o controle das condutas humanas, sendo necessária a existência de um órgão específico para interpretar a violação de uma norma e aplicar a sanção respectiva. Daí surgem para o autor as normas secundárias, que fundariam o sistema jurídico ao lado de um mero sistema de normas²⁹.

²⁶ Idem., p. 32.

²⁷ Criadas pelo Poder Legislativo. Porém, podem também ser fruto do Poder Executivo, através de decretos ou, ainda, resultado de produções regulamentadoras pelos órgãos e agentes públicos, como portaria, normas regulamentadoras, etc. No sistema brasileiro o próprio Poder Judiciário pode, também, criar normas gerais como é o caso das sentenças normativas da Justiça do Trabalho ou mesmo as Súmulas Vinculantes e muitas outras regras processuais assemelhadas que serão tratadas com mais vagar adiante.

²⁸ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito**. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 23, n. 84. p. 167-175.

²⁹ Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2005.

Tem-se a concepção de que, para enfrentar a ineficácia das pressões sociais, exigir-se-ia a criação das ditas normas secundárias de julgamento, nas quais devem ser identificados o julgador e o processo (ou procedimento) a ser seguido para se aplicar a sanção, ficando concebida a criação das figuras do juiz e da jurisdição.

O próprio Kelsen descreve o papel da jurisdição, nos termos transcritos:

A norma geral que une, abstratamente, uma determinada situação de fato à também determinada consequência, abstratamente determinada, procura a individualização, para chegar, finalmente, ao seu significado. É preciso verificar se existe, *in concreto*, uma situação de fato, que a norma geral determina *in abstracto* e é necessário, neste caso concreto, que exista um ato coercitivo legal, ou seja, que ordene primeiro e se realize depois e que seja prescrito, *in abstracto*, pela norma geral. Isso é realizado pela sentença judicial função este denominada jurisdição ou poder jurisdicional³⁰.

Vê-se, pois, que, em ambas as concepções, o Direito, enquanto sistema jurídico, é algo vivo e dinâmico e não pode, simplesmente, ser soterrado pela letra absoluta da lei formal, mas é em verdade instrumento de estabilidade e previsibilidade.

Hannah Arendt também entende ser a norma, como estabelecida pela linguagem, “o princípio pelo qual as pessoas que vivem num determinado sistema legal agem e são inspiradas a agir³¹”, não apenas como elemento de estabilização, mas também como princípios de inspiração da ação humana³².

Não é a toa que o idealizador da “Pirâmide do Direito” se preocupou, ao final de sua obra “Teoria Pura do Direito”, em dedicar-se ao estudo da interpretação das normas gerais, e “começou a criar um sistema dentro do Direito, um sistema que se sobrepunha ao positivo. Um sistema epistemológico do Direito”³³. Seguindo esta linha de raciocínio, é possível identificar duas formas distintas de interpretação (a

³⁰ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. p. 106.

³¹ ARENDT, Hannah. **Crises da República**. Tradução de J. Vollkman. São Paulo: Perspectiva, 1973. p. 83. *Apud* DUARTE, André. **Hannah Arendt**: repensar o direito à luz da política democrática radical. Direito e Discurso - discursos do direito. Ed. Ricardo Marcelo Fonseca. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 15-44.

³² *Ibidem*.

³³ ZANLORENZI, Rafael Otávio Ragugnetti. A Hermenêutica Constitucional Contemporânea em Perspectiva. *In*: **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre. n.º 04, dez. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/rafael_zanlorenzi.html Acessado em: 23 jul. 2009.

autêntica e a não autêntica). Destacando-se a importância das normas ditas concretas ou derivadas das normas secundárias.

Na interpretação autêntica, os exegetas são restritos e equiparados. De um lado, o legislador e, de outro, o julgador. Ambos, legislador e julgador, estão legitimados pelo sistema a produzir normas que passarão, igualmente, a integrar o sistema. Note-se que um não vincula, necessariamente, o outro, mas ambos se vinculam mutuamente, posto que tanto o primeiro quanto o segundo estão inevitavelmente vinculados à Constituição (ápice do sistema)³⁴.

Não se está a afirmar que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário exerçam funções idênticas, no Estado de Direito, ao contrário, está-se a concluir que eles devem ser “independentes e harmônicos entre si”.

Em outras palavras, condicionar o Poder Judiciário, exclusivamente, à função de “*la bouche de la loi*” (a boca da lei), conforme afirmado por Montesquieu, seria imprimir ao Poder Legislativo não apenas o poder de legislar, mas também o de decidir.

Na visão de Winfried Hassemer “os veículos que deveriam levar ao paraíso do Estado da lei se chamavam ‘Axiomatização’ e ‘Dedução’, e a primeira era a mãe da segunda”. Relacionando as concepções: “se se conseguisse axiomatizar completamente a lei, formular todo seu conteúdo claramente, então a interpretação judicial não seria outra coisa que dedução, como derivação da decisão de casos a partir da lei – sem complementação com informações estranhas à lei”. Em hipótese, “se algum dia fosse concluída a axiomatização da lei, então essas formidáveis codificações conteriam o conjunto de informações necessárias para as decisões dos casos, e isso em formulação clara e unívoca”. O sucesso dessa teoria, segundo a conclusão do autor, “teria sido realmente a hora de um método jurídico vinculável e a morte de um Estado oligárquico dos juízes”³⁵.

³⁴ Percebe-se que a “pureza do Direito”, proposta por Kelsen, está propriamente no reconhecimento do Estado de Direito formado pelos três poderes independentes, não apenas pelo Poder Legislativo que edita as leis formais e abstratas, como pode parecer aos olhos mais desatentos dos leitores de sua obra, especialmente àqueles que não lerem o capítulo VII, introduzido na segunda edição: “A Interpretação”.

³⁵ HASSEMER, Winfried. Doutrina do método jurídico e pragmática judicial. Tradução de José Pedro Luchi. In: **Panóptica**. n. 12 Mar-jun 08. p. 80-97. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08008.pdf>> Acessado em: 23 jun. 2009.

Não se está a afirmar que um Estado Democrático independa de regras, criadas, inclusive, pelo próprio Poder Legislativo. Como afirma o Luiz Guilherme Marinoni:

É certo que a decisão deve se guiar pela lei, mas isso obviamente não é suficiente como argumento em favor de uma decisão correta. Decisão racional não é o mesmo do que decisão baseada apenas em dados dotados de autoridade; a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que não podem ser dedutivamente expostos³⁶.

Por este raciocínio, visando ao aperfeiçoamento da racionalidade da argumentação judicial, Alexy propõe a passagem por quatro procedimentos: o discurso prático, envolvendo um sistema de regras que formula uma espécie de código geral da razão prática; o procedimento legislativo, constituído por um sistema de regras que garante uma considerável medida de racionalidade prática e, nesse sentido, justifica-se dentro das linhas do discurso prático, depois, o discurso jurídico e o procedimento judicial³⁷.

A teoria do discurso jurídico, segundo explica o Luiz Guilherme Marinoni, “se assemelha à teoria do discurso prático por também constituir uma teoria procedimental fundada em regras de argumentação e ser incapaz de levar a um único resultado, caracterizando-se por ser sujeita à lei e à Constituição, aos precedentes judiciais e à dogmática”³⁸. Por esta razão, “o discurso jurídico limitaria a margem de insegurança do discurso prático, mas obviamente não permite chegar a um grau de certeza suficiente, não eliminando a insegurança do resultado”³⁹. O procedimento judicial diferenciaria-se pela argumentação e pela decisão.

A conclusão encontrada por Luiz Guilherme Marinoni é que “os resultados do procedimento judicial são razoáveis, segundo Alexy, se as suas regras e a sua

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre. n.15, novembro 2006. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Luiz_Marinoni.htm. Acesso em: 24. jul. 2009.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 532; v. Jules Coleman, *Truth and Objectivity in Law*, 1995, *Legal Theory* 33, p. 532 *apud* Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

realização satisfazem as exigências dos procedimentos que lhe antecedem, isto é, as regras do discurso prático, do procedimento legislativo e do discurso jurídico”⁴⁰.

Dentro dessa perspectiva voltada a necessidade de segurança no Estado Constitucional de Direito, Clèmerson Merlin Clève:

Por conta dessa circunstância, a segurança jurídica não decorre mais apenas das características intrínsecas ao Direito, ao sistema normativo ou às próprias categorias jurídicas, e sim de uma bem fundada teoria da argumentação. Não houve uma superação de Kelsen, mas uma transposição de sua teoria: se o papel da ciência jurídica era definir uma moldura, e dentro dessa moldura qualquer solução seria aceitável, hoje nenhuma solução é aceitável sem argumentação. Uma carga argumentativa capaz de convencer, e não somente a autoridade, é imprescindível para justificar a legitimidade do discurso. A segurança jurídica, portanto, está no rigor da argumentação e da motivação, e não apenas na esfera do objeto do Direito que, fragmentado, sequer conforma um sistema. No campo da linguagem só se faz sistema por meio da atuação do operador jurídico. Portanto, se no campo da subsunção ainda valem as *démarches* do positivismo, no campo da ponderação, da compreensão da Constituição como um conjunto também de princípios, são inevitáveis os ensinamentos, por exemplo, de Robert Alexy, de Ronald Dworkin e de Martin Borowski. Como no Brasil tem-se entendido que há ponderação mesmo quando nos pólos da relação tensionada estão princípios fundamentais e bens coletivos, difundiu-se uma aproximação maior a Alexy do que a Dworkin, pois este entende que só há ponderação entre direitos fundamentais (em particular os individuais)⁴¹.

É claro não se pretender que a interpretação dita autêntica, ou melhor, aquela realizada por meio das decisões judiciais, encontre sempre uma, e só uma, solução possível e absolutamente correta, mas, segundo Dewey, possa ser realizada dentro de “uma lógica de previsão de possibilidade e não de dedução de certezas”⁴². As decisões devem seguir um padrão estabelecido pelas normas – abstratas e concretas – à medida que são previsivelmente determinadas, ou seja, capazes de estabelecer uma moldura mínima ao conteúdo material das decisões, bem como uma exata legitimidade da forma de sua produção - mas também porque

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação**. Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em: <www.cletheadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc.doc>. Acessado em: 30 ago. 2009.

⁴² *Apud* MACCORMICK, N. *Op. cit.* p. 44.

devem ser aplicadas dentro de uma moldura de elementos argumentativos justificadores que levam a uma razoável previsibilidade do uso da coerção estatal.

2.2 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Miguel Reale afirma que, acerca do tema “segurança”, deve-se observar a existência de “algo de subjetivo, um sentimento, a atitude psicológica dos sujeitos perante o complexo de regras estabelecidas como expressão genérica e objetiva da segurança mesma”.⁴³ O autor adverte para uma distinção necessária:

Há, pois, que distinguir entre o “sentimento de segurança”, ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia⁴⁴.

Para Reale “certeza e segurança formam uma ‘díade’ inseparável”⁴⁵, pois:

[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”⁴⁶.

Pedro J. Frias corrobora o entendimento de estrita relação entre o Estado de Direito e a Segurança Jurídica da seguinte maneira:

A segurança é o contexto dentro do qual se tomam as decisões individuais e as interações dos atores sociais; para eles, é a expectativa de qual o marco legal é e será confiável, estável e previsível. Para que assim seja, é indispensável que as decisões dos atores políticos se tomem segundo a “lógica das regras” e não segundo a “lógica da discricionariedade”. A segurança jurídica influí no crescimento econômico, porque a decisão de seus atores depende de suas expectativas a respeito do futuro, em primeiro

⁴³ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 86.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Idem., p. 87.

⁴⁶ Ibidem.

lugar, e de suas expectativas a respeito das expectativas dos outros, em segundo lugar. Os problemas que surgem da incerteza, ações não cooperativas ou inconsistência temporal se resolvem dentro da lógica das regras⁴⁷.

Afirma, J. J. Gomes Canotilho que os princípios da segurança e da confiança jurídica são inerentes ao Estado de Direito, ensejando uma dimensão objetiva da ordem jurídica, qual seja, “a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas”⁴⁸, sendo que outra “garantística jurídico-subjectiva dos cidadãos legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas”⁴⁹.

E completa:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas⁵⁰.

Extrai-se, portanto, que a proteção da confiança e a segurança jurídica exigem uma atuação estatal que proteja os cidadãos das mudanças legais, necessárias para o desenvolvimento social⁵¹.

Retomando as categorias ditadas por Kelsen, revê-se a existência de uma denominada interpretação não autêntica que corresponde àquela realizada por entes não legitimados pelo Estado a produzir normas, mas sim àqueles sujeitos que estão submetidos a observá-las e a cumpri-las (voluntária ou coercitivamente). Nas

⁴⁷ “A seguridad es ele contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según la ‘lógica de las reglas’ y no según la ‘lógica de la discrecionalidad’. La seguridad jurídica influye en el crecimiento económico, porque la decisión de sus actores depende de sus expectativas respecto del futuro, en primer lugar, y de sus expectativas respecto de las expectativas de los otros, en segundo lugar. Los problemas que surgen de la incertidumbre, acciones no cooperativas o inconsistencia temporal se resuelven dentro de la lógica de las reglas”. J. FARIAS, Pedro. **Estado de derecho y seguridad jurídica**. In: Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais, Del Rey, n. 1, janeiro/junho de 2003, p. 246. *Apud* DELGADO, José Augusto. O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. Disponível em: < bdjur.stj.jus.br/jspui/.../O_Princípio_da_Segurança_Jurídica.pdf >. Acessado em: 15 jun. 2009.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. *Op. cit.* p. 374.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Idem.*, p. 373.

⁵¹ *Idem.*, p. 375.

palavras do eminente jurista, é a interpretação “que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”⁵². São estes os exegetas para os quais as normas (abstratas) de conduta são produzidas.

Kelsen, esclarece, contudo:

Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta, quer dizer, pretende cumprir um dever jurídico que sobre ele impendem realizado aquela conduta a cuja conduta oposta a norma regula uma sanção, esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra inivocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por, isso ocorre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que ela se baseou. – daí a importância de as decisões que visivelmente criam o direito vincularem sim seus opositores⁵³.

É possível afirmar e visualizar que as normas derivadas da interpretação autêntica, principalmente, pelo Poder Judiciário, é a que deve, verdadeiramente, ser objeto material da interpretação não autêntica, posto que somente esta será capaz de elucidar o cidadão quanto ao modo de se portar e se conduzir socialmente, delineando a norma primária, de forma a não atrair sobre si a incidência da norma sancionadora.

Em outras palavras, a estabilidade, quanto ao modo com que o cidadão deva considerar a juridicidade ou antijuridicidade de seus atos na “certeza” e “confiança” que pautado seus atos na dita “legalidade normativa” estará seguro, sobrevém especialmente da decisão judicial. Se, em contrapartida, deliberadamente voltar seus atos a uma conduta antijurídica estará certo que deve arcar com as consequências que o ordenamento impõe, e assim já anunciou que o faria através da interpretação autêntica. É justamente assim que um ordenamento será eficaz e confiável, conduzindo o jurisdicionado ao tão almejado campo de segurança jurídica, em sentido amplo. Quando o Estado lhe der, a partir de um sistema sério de normas, a real garantia de qual é a conduta prevista e esperada por esse Estado (de Direito), e, em contraprestação, der à sociedade em geral a garantia de que, qualquer que seja o indivíduo a agir em desconformidade com esse mesmo e conhecido sistema,

⁵² KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. p. 464.

⁵³ Idem., p. 395.

sofrerá a sanção correspondente, na mais perfeita sintonia entre os princípios basilares da liberdade e da igualdade, como forma inequívoca da estabilidade e, como conseguinte, da paz social.

A lei pura, e simplesmente, como posta em nosso ordenamento, não é capaz de conduzir o cidadão a decisões seguras. Rafael Valim destaca que “sobre o cidadão pesa um ordenamento jurídico indecifrável, que, em vez de segurança, transmite temor e enseja a prepotência – sentimentos, a toda evidência, radicalmente contrários aos que inspiram o Estado de Direito”⁵⁴.

Kelsen expressamente reconhece que, quando da interpretação autêntica pelo aplicador da lei, o juiz, ou, em última análise, as instâncias superiores, está-se diante de uma verdadeira criação do direito que, em seu processo de criação, desprende-se da aludida pureza absoluta, desnuda de qualquer qualidade metafísica, mas é a verdadeira norma vestida pelos trajes da realidade concreta, com tecidos de tramas feitas pela Justiça e mesmo pela política. Em última análise, o que se extrai da teoria revista aos tempos atuais é que a pureza da norma não está no conteúdo, mas no procedimento, que uma vez repousado sobre os berços da “pirâmide normativa”⁵⁵, repousará eternamente seguro.

Kelsen passa, então, a analisar a teoria da interpretação, aliada aos conceitos de formação das decisões enquanto processo de formação de norma individual – e concreta.

Para Kelsen, a sentença judicial não é vista meramente como repetição anencéfala da lei. O papel do juiz não é o de repetir o texto da lei, mas o de suporte sobre o qual o juiz produzirá um enunciado normativo (descrevendo-o ou conhecendo-o) para, então, após essa atividade intelectual, é possível, não por mera lógica dedutiva, descrever precisamente do que, com relação à norma geral, deve ser aplicada e como deve sê-lo com relação ao caso concreto sob análise. Com a ideia de que a lei trace a moldura dentro da qual o juiz deve proferir seu pronunciamento é de se admitir que, do conhecimento que o juiz fez da lei, cria-se

⁵⁴ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 17.

⁵⁵ Compostas pelas normas abstratas e as concretas.

um campo de liberdade bastante amplo – como é o caso das cláusulas abertas e dos termos indeterminados propositalmente ou não.

É exatamente neste ponto que a conclusão jurídico-científica atua unificando o “campo de liberdade”. Vejam-se os ensinamentos de Robert Walter:

No determinado “silogismo normativo”, há que se diferenciar, rigorosamente, os *processos intelectuais da ciência do direito*, dos *processos de execução e aplicação do direito*; a *premissa maior do silogismo jurídico* não é a lei, que deverá ser aplicada, mas um enunciado sobre ela; a conclusão não é a sentença “judicial deduzida” – conseguida quase logicamente, mas a descrição do que, em atenção ao conteúdo da norma geral, deve ser adequado ao caso concreto. A sentença judicial, porém, é primeiramente fixada pelo juiz e, sem dúvidas, com observância dos processos intelectuais da ciência do direito, quando ele for chamado, pela ordem jurídica para decidir, “com fundamento na lei”. Não se pode ignorar, aqui, que a descrição da lei que será aplicada pode dar ao juiz um “campo de liberdade”, ao qual será possível, impor “com fundamento na lei”, isto é quanto ao conteúdo, diferentes sentenças. A consideração jurídico-científica pode conduzir, desde já, apenas à unificação do campo da “liberdade”. Dentro deste o juiz terá de decidir. Por isso apenas compreende-se uma das metades da moeda de cada vez quando as sentenças judiciais são designadas parcialmente como “conhecimento” e parcialmente como “decisões”⁵⁶.

O próprio Kelsen descreveu o papel da jurisdição como a função de concretizar a lei abstrata, todavia, advertiu que “esta função não possui - como a terminologia *juris dicto* (dizer o direito – *Recht-sprechung*), *judicatura* (encontrar o direito – *Rechts-findung*) e como é aceita na teoria – que é a norma geral – direito acabado, no pronunciamento ou na revelação de um ato do Tribunal”⁵⁷. Determinou que “a função da denominada jurisdição é muito mais constitutiva, criadora do direito, na verdade acepção da palavra, pois existe uma situação de fato concreta, ligada a uma específica consequência jurídica, e toda essa relação é criada pela sentença judicial”⁵⁸.

Ousar-se-ia dizer que a decisão formaria o último patamar da pirâmide proposta por Kelsen. Não último, necessariamente, no sentido de hierarquia da norma, mas último por ser, sem dúvidas, o maior e mais plural, mas também porque

⁵⁶ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. p. 45-46.

⁵⁷ Idem., p. 106.

⁵⁸ Ibidem.

regido pelo vértice da constituição em primeiro plano e pelas demais normas, desde que condizentes com aquela primeira.

Reconhece o autor que “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada”. Assim, “tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação”, a partir desta ideia desenvolve o célebre “caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” para a norma do escalão superior. Acontece que, “mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”⁵⁹.

Surge daí a metáfora de Kelsen às molduras fornecidas pelo ordenamento positivo, ou seja, as leis forneceriam ao julgador uma delimitação, ou, como ele mesmo denomina, “uma moldura ou quadro” dentro da qual o julgador teria liberdade para estabelecer sua arte interpretativa, de fato escolhendo ou optando pela decisão que frente o caso concreto lhe parecesse a mais adequada, deslocando a discussão da ciência do direito para a política do direito⁶⁰.

Importante, pois, destacar que nesta linha de raciocínio não se pode admitir nos tempos atuais que a interpretação e a margem de liberdade concebida pelo sistema, torne o cidadão refém das arbitrariedades e instabilidades dos julgadores, possibilitando uma verdadeira era do “decisionismo”. Neste aspecto, é preciso observar que para que haja estabilidade e segurança do ordenamento, especialmente de um Estado Democrático de Direito, é necessário que a interpretação não seja meramente opinativa, fruto da interpretação de uma única e solitária autoridade supostamente sábia e justa é necessário que haja uma integração acerca das diversas decisões que compõem o sistema.

O próprio sistema positivo já persegue situações como a criação de um sistema para julgamento de recursos repetitivos, súmulas impeditivas de recurso, súmulas vinculantes e muitos outros mecanismos capazes de frear a loteria jurídica que vimos enfrentando.

⁵⁹ KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. p. 464.

⁶⁰ É nesta medida que Carlos Aurélio Mota Souza afirma ser “a sentença é superior à lei, pelo que acrescenta à mesma, dando-lhe vida e colorido”. SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filisófico-jurídico. São Paulo: LTR, 1996. p. 121.

Como já afirmado por Clèmerson Merlin Clève⁶¹, os princípios constitucionais são hoje o grande redutor dessa “moldura” de interpretação e assim, dentre esses modeladores destacamos a figura da já aludida segurança jurídica.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana, como direito fundamental máximo, atrelado umbilicalmente ao princípio da segurança que sustenta o Estado de Direito, pode ser destacado:

Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”, ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas⁶².

Lênio Streck, igualmente, já se referiu à importância das decisões como fator norteador de orientação jurídica, aduzindo que “a doutrina e a jurisprudência pré-dominantes estabelecem o horizonte do sentido do jurista, a partir do qual ele compreenderá de forma objetificante ou desobjetificante do direito”. Determina, pois, que “esse horizonte de sentido é uma espécie de teto hermenêutico, isto é, o limite do sentido e o sentido do limite do processo interpretativo”⁶³.

Extrai-se, pois, que as interpretações em Kelsen, ao invés de comporem categorias distantes e estanques, em verdade se complementam e se justificam mutuamente, à medida que a interpretação do Poder Legislativo do texto constitucional fornece subsídio justificatório do discurso do julgador, que em contrapartida possui legitimidade para controlar aqueles atos legislativos em vista do

⁶¹ Ver nota 41.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 274.

mesmo texto constitucional, e assim, com menor ou maior influência, fornecem ao cidadão particular o campo mais seguro e previsível de atuação e de conduta, garantindo os ideais de liberdade e de igualdade almejados pelo Estado Democrático de Direito⁶⁴.

2.3 A QUESTÃO DA PREVISIBILIDADE

Canotilho afirma que as ideias nucleares do princípio da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos:

(1) *estabilidade* ou *eficácia ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) *previsibilidade* ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.⁶⁵

Desta narrativa se pode observar que a necessidade de previsibilidade não é matéria nova, muito menos instituto criado de sobressalto para remendar a imensa colcha de retalhos que sobrecarrega no regime legal. Ao contrário, a exigência de previsibilidade, como elemento inerente ao princípio da segurança jurídica do próprio Estado Democrático de Direito é conceito antigo, todavia, por muitas vezes renegado e jogado às sombras pelos mais diversos argumentos.

Como bem destacado por Ingo Wolfgang Sarlet, “o princípio da segurança jurídica exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos de seus próprios atos”⁶⁶.

⁶⁴ Pelo menos assim deveria ser, respeitando o Estado de Direito e havendo coerência e justificação nas decisões, especialmente as das cortes superiores. Todavia, o atual estado de incerteza gerado pelo “decisionismo” e desrespeito às próprias decisões, gerando tratamento desigual a casos idênticos será objeto de outro estudo que não será aqui abordado por razões de sua extensão.

⁶⁵ *Idem.*, p. 380.

⁶⁶ SARLET, I. W. *Op. cit.*

Para que haja segurança jurídica, no seu sentido real e constitucional, é necessário que haja previsibilidade. Neste aspecto, Jorge Amaury Maia Nunes, ressalta:

A segurança jurídica como fundamento do direito, aqui considerada, num primeiro momento, como uma espécie de controle das expectativas normativas que se confirmam ou desconfirmam na forma jurídica individual, esta considerada tanto sob a ótica do poder de seu criador quanto sob a ótica dos limites que se impõem á sua criação, controle esse que se baseia na previsibilidade dos resultados proclamados pelos aplicadores do direito, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa⁶⁷.

Carlos Aurélio Mota de Sousa, destaca o valor das normas, especialmente as normas ditadas pelo Poder Judiciário:

Na acepção subjetiva, a que chamamos certeza do direito, há uma projeção, nas situações pessoais, das garantias estruturais (Lei) e funcionais (Jurisdição) da segurança objetiva; ou seja, subjetivamente temos duas fontes de referência: a própria lei, bem como a aplicação da Lei, que pode se dar por um administrador, ao despachar um simples requerimento, ou por um juiz, ao proferir uma decisão. E a possibilidade, pelos cidadãos, de conhecimento prévio das conseqüências jurídicas dos seus atos, ou previsibilidade. No momento em que o sujeito se conscientiza plenamente do que pode fazer, ou não, ele tem a certeza do direito. O que se estabelece é uma relação de confiança entre o cidadão e a ordem jurídica, o acreditar no Direito, confiança fundada em pautas razoáveis de previsibilidade; esta previsibilidade é tida como a razoável do "homem médio", do "homem comum", o *quod plerum que accidit* do direito⁶⁸.

Uma imagem reflexa do valor de proteger confiança justificada é o valor de prevenir surpresa injusta por aqueles que justificadamente confiaram em normas legais estabelecidas pelos precedentes⁶⁹.

A previsibilidade leva à confiança e vice-versa. Não é possível arraigar-se, absolutamente, em um sistema positivado de normas que detenham tamanha indeterminação, sem possuir em contrapartida uma válvula que permita, ainda, diante dessa necessidade cada vez mais frequente de cláusula aberta permitir que o

⁶⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. XV

⁶⁸ SOUZA, C. A. M. *Op. cit.* p. 79.

⁶⁹ Cf. EISEMBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Harvard University Press, 1988. p. 45-47.

cidadão ainda tenha segurança, pela previsibilidade de que suas condutas - se baseadas no sistema legal - serão endossadas pelo Poder Judiciário.

Na previsibilidade da conduta tida como reta, “o que é determinado legalmente deve ser excluído da arbitrariedade; nem aquele que determina o Direito, nem aquele ao qual o direito se dirige, deve violá-lo. Ele deve perdurar... a pessoa pode organizar-se com base nisso, ela pode construir sua vida na proteção dessa ordem”⁷⁰.

Neste mesmo sentido:

Ademais, supérfluo dizer que o princípio da segurança jurídica apresenta-se na classe de sobredireito, visto que regula a produção e a aplicação de normas jurídicas. Dirige-se a outras normas jurídicas, as quais se prestam a coordenar – formal e temporalmente, em homenagem à previsibilidade, à mensurabilidade e à estabilidade que deve guardar a atuação do Estado. Cuida-se de garantia, ao mesmo tempo, decorrente da positividade e sobre ela incidente. (...)

Contudo, tal previsibilidade pressupõe, antes de tudo, a cognoscibilidade, dentro de padrões de razoabilidade, do conteúdo do comando jurídico. Em outras palavras, é imperioso que o indivíduo saiba, dentro de critérios objetivos e de antemão, as normas jurídicas que incidirão sobre seu comportamento e sobre o comportamento dos demais, sem o que não é dado exigir os respectivos comportamentos.⁷¹

A questão da previsibilidade e da confiança, como elementos formadores da segurança jurídica, e, por consequência, do próprio Estado Democrático de Direito, trata-se de questões que serão retomadas durante toda a realização deste trabalho.

2.4 A CRISE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL

O que se verifica da realidade em nosso ordenamento jurídico é um distanciamento cada vez mais grosseiro do ideário Estado Democrático, Segurança Jurídica e Justiça, como elementos complementares e não excludentes.

Luiz Flávio Gomes afirma que “todos os dias o direito muda (ou por obra dos juízes nacionais ou internacionais ou por obra do legislador). O que ele ostenta de permanente, portanto, é a contínua mudança (...)” e de maneira jocosa, afirma que

⁷⁰ COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. Trad. Da 5. Ed. Alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Editor, 2002. p. 190-191. *Apud* Nunes, J. A. M. *Op. cit.* p. 80.

⁷¹ VALIM, R. *Op. cit.* p. 46-47.

“se algo existe de permanente e fixo na legislação brasileira esse algo consiste (seguramente) na sua contínua mudança”⁷².

O Ministro José Augusto Delgado, em estudo dedicado à análise do princípio da segurança jurídica enquanto elemento indispensável da supremacia constitucional, ensina:

Os vários estamentos sociais reconhecem que, na atualidade, está instalado um clima de insegurança jurídica na prática dos atos administrativos do Poder Executivo, nas funções exercidas pelo Poder Legislativo e nas decisões jurisprudenciais emitidas pelo Poder Judiciário. Esses acontecimentos definem a estabilidade social e afrontam diretamente os direitos da cidadania e da valorização da dignidade humana⁷³.

Como já se aludiu, infelizmente, essa instabilidade não está restrita apenas à legislação ou ao Poder Legislativo, ela é inerente e frequente também nos atos do Poder Executivo e nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Como bem destacado por Carlos Aurélio Mota de Souza, “o sentimento de insegurança jurídica que o cidadão de hoje experimenta com muita frequência, não nasce somente da acumulação de textos legais, mas nasce também, em estoque normativos constante, da frequência dos cambiamentos da lei, e porque não dizer, da diversificação jurisprudencial”⁷⁴.

Talvez situação ainda mais grave esteja, justamente, referida ao Poder Judiciário, haja vista que, conforme dispõe nosso texto constitucional, é ele que, através de suas cortes superiores, possui a última palavra acerca da interpretação e aplicação das leis federais (STJ) e da própria Constituição (STF).

J. J. Calmon de passos adverte:

(...) Um amontoado de equívocos nos levou à grave conjuntura com que nos deparamos, contribuindo para o descrédito dos magistrados, agravando a crise de governabilidade existente, tornando ainda a atividade dos operadores do direito algo decepcionante e desgastante para os que a ela

⁷² GOMES, Luiz Flávio. Mudanças contínuas: a única coisa permanente no direito. *In: Direito e Justiça*. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/391951/?reference_id=9a316e890f4ab9365c89b0494b28a4f86d4ea1fe>. Acessado em: 02 ago. 2009.

⁷³ DELGADO, José Augusto. **O Princípio da segurança jurídica: supremacia constitucional**. *In: Produção Intelectual dos Ministros do STJ*. 21-maio-2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/448>> Acessado em: 15 jun. 2009.

⁷⁴ SOUZA, C. A. M. *Op. cit.* p. 129.

se dedicam com fidelidade ao que realmente deve ser, porém com largo proveito para todos os que se nutrem da litigiosidade, que estimulam como os corvos precisam da carniça dos mortos para subsistirem, e deleite de quantos necessitam se engrandecer às custas do arbítrio e da exibição⁷⁵. A ameaça à cidadania vem do poder não submetido a efetivos controles sociais, e isso não diz respeito apenas ao executivo, à administração pública, mas a todas as funções do estado e aos que as desempenham, incluídos, portanto, o legislador e o julgador⁷⁶.

Tornou-se corrente em nosso sistema jurídico que haja decisões diversas para inúmeros casos assemelhados, seguindo o velho ditado de para “cada cabeça uma sentença” – para não usar de ditados populares mais grosseiros. Esse fenômeno, além de causar grande transtorno ao Poder Judiciário, que se vê cada vez mais atravancado de processos e questões idênticas a serem decididas, não tem sido capaz de gerar decisões equânimes aos cidadãos, conferindo respostas diferentes a casos assemelhados, provocando instabilidades que não concorrem para o aperfeiçoamento do regime democrático.

A par disso, as soluções desejadas giram sempre sobre o mesmo vértice: alterações legislativas. Não há – destaque-se - o devido comprometimento dos julgadores e especialmente das instâncias superiores em cumprirem seu papel primordial de pacificação social.

Exemplo recente é o caso de criação da súmula vinculante pela emenda constitucional (e regulamentação infraconstitucional), alterações diversas na esfera processual para dar efetividade no rito processual com o implemento das súmulas impeditivas de recuso, do novo rito para julgamento de recursos repetitivos, necessidade de repercussão geral dos recursos enviados ao Supremo, para não falar da “jurisprudência defensiva”, dentre inúmeras outras situações que, por vezes, passam-nos despercebidas. Discute-se a criação de um novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010) que, dentre inúmeras reflexões acerca dos problemas que assolam o Poder Judiciário, demonstra especial preocupação com a estabilização da jurisprudência, como se verá mais detidamente adiante.

Não restam dúvidas que esses sistemas de normas positivadas visam à diminuição de demandas, para um aperfeiçoamento maior das decisões, todavia,

⁷⁵ PASSOS, J. J. C. *Op. cit.* p. 108.

⁷⁶ *Idem.*, p. 117.

enquanto o próprio Poder Judiciário continuar a ignorar seu papel de fundamental importância, no fortalecimento dos pilares da democracia e do Estado de Direito, essas alterações serão meramente estéticas, deixando de tratar a real causa da insegurança e da crise que assola o Judiciário brasileiro.

O Ministro Sepúlveda Pertence, apercebido da “crise” gerada pela insegurança, afirmou que “(...) o pressuposto de maior consolidação democrática é diretamente relacionado à segurança jurídica. Creio que a imprevisibilidade e a extrema difusão do Judiciário muitas vezes pode comprometer, efetivamente, a ideia de um desenvolvimento mais estabilizado e mais consolidado”⁷⁷.

A verdadeira questão é não se poder admitir que o Estado Democrático de Direito venha a ruir pela simples impossibilidade de nossos agentes políticos, na criação e administração das leis, com a garantia de exigibilidade de um direito certo, estável e previsível, devidamente justificado e motivado com vistas à realização da Justiça. Por isso é preciso repensar nossos dogmas acerca da positivação e de um sistema puro denominado *civil law* como se demonstrará na sequência deste estudo.

2.4.1 Insegurança Judicial e Estado de Exceção

A principal problemática consiste em desvendar os valores com o qual julgam os juízes, frente ao confronto que há entre o texto e o contexto das decisões.

Como exposto, o paradigma positivista extremo já há muito se encontra fracassado, porém, o paradigma “decisionista” está fadado ao insucesso face à impossibilidade de manutenção de um Estado pautado no livre-arbítrio de uma autoridade despótica.

O ato interpretativo, realizado pela autoridade julgadora, que se desprenda absolutamente de qualquer parâmetro (não se sujeitando nem à lei e à Constituição, ou aos precedentes judiciais e à dogmática), cria uma pura e simples “casuística”, na qual o juiz passa a interpretar a lide levando em conta exclusivamente o caso concreto, seus conceitos pessoais e convicções próprias, gerando uma situação

⁷⁷ PERTENCE, João Paulo Sepúlveda. **Entrevista concedida à Assessoria de Imprensa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/congresso2006/index.asp?secao=mostraentrevista&mat_id=6016>. Acesso em: 06 jul. 2009.

completamente incompatível com a existência de um ordenamento jurídico e um Estado de Direito.

J.J. Calmon de Passos afirma que os magistrados, “se não forem também governados por um conjunto de regras antes que por homens, ou se não forem inviabilizados de pretenderem se tornar os que governam no lugar das regras, teremos, em verdade, a pretexto de eliminar tiranias, apenas institucionalizado novos déspotas”⁷⁸. Refletindo sobre o tema, completa:

Este risco torna transparente, ao mesmo tempo, tanto a importância do direito e particularmente a magistratura para democracia, quanto a necessidade de imunizar-se a sociedade contra a tentação diabólica de transformarem-se os produtores do direito em novos tiranos, se é que novos podem ser chamados os que apenas diferem dos antigos nas vestes com que buscam simbolizar o papel social que desempenham⁷⁹.

Kelsen, igualmente, reconheceu que “a interpretação autêntica pode até mesmo atribuir a uma norma jurídica sentido que a interpretação não-autêntica jamais ousaria sustentar. O que equivale a dizer, por interpretação autêntica que uma norma pode ser substituída por outra de conteúdo totalmente diferente”⁸⁰.

A rigor, a decisão que não encontra vinculação ao sistema jurídico – composto por regras, princípios e normas - não é uma interpretação do Direito. Trata-se de uma criação ocasional do Direito por parte do juiz que está decidindo a controvérsia, totalmente desprovida de segurança jurídica.

Como se viu, a segurança jurídica é, em verdade, mais do que uma opção política, é um alicerce do Estado Democrático de Direito. Pode-se encarar, assim, a segurança como um verdadeiro “acordo de vontades”, para que haja Justiça através da estabilização das relações jurídicas, especialmente quando se trata de segurança das decisões judiciais (princípio da confiança e da certeza).

Em entrevista concedida à Revista Conjur, Lênio Streck afirma que “o cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da

⁷⁸ PASSOS, J. J. C. *Op. cit.* p. 105.

⁷⁹ *Idem.*, p. 106.

⁸⁰ KELSEN, H. **Tratado *United Nations* (1950)** *apud* PAULSON, Satanley. Kelsen e a Interpretação jurídica. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto.

resposta adequada à Constituição”. Reconhece que “cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo”. Afirma que “o juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais”. Finaliza com a conclusão de que “a moral ou a política não corrigem o Direito. Juiz nenhum pode pensar assim. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito”⁸¹.

Conceder a uma única autoridade a liberdade de criar e inventar normas ao seu bel prazer equipara-se às reflexões de Carl Schmitt acerca do soberano, enquanto aquele que decide sobre a situação/Estado de exceção.

Apercebe-se, porém, que o soberano é o ponto de suspensão da norma. Eis o poder não mensurado: a possibilidade, inclusive de não aplicar o Direito ainda que o Direito lhe dê outro afeto. Segundo Agamben, refletindo na leitura de Carl Schmitt “a exceção é a condição de possibilidade da norma jurídica e o próprio significado da autoridade do Estado. Eis a situação paradoxal, segundo a qual o soberano através da exceção cria a situação de que o Direito precisa para poder existir, a qual, ironicamente, é a situação de suspensão do próprio direito”⁸².

Agamben afirma, ainda, que “norma e decisão são irreduzíveis, porém, é a decisão sobre a suspensão da norma que tornará possível a sua aplicação, vale dizer, o estado de exceção significa um espaço de anomia que, em última análise, torna possível a normatização do real”⁸³.

Cumprido o questionamento:

⁸¹ PINHEIRO, Aline. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. In: Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2009.

⁸² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Bontempo, 2005. p. 58.

⁸³ Idem., p. 55.

Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrário à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna? Mas, por outro lado, caso se trate de uma situação de fato contrária à lei, como será possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna?⁸⁴

Partindo-se de uma análise acerca da decisão contida na obra de Schmitt ter-se-á que o soberano é aquele que detém o poder para decidir sobre o estado de exceção e assim, transportando esta ideia para nossa realidade teríamos que a imagem do soberano foi sobreposta pela nossa Corte Suprema que vem criando e trabalhando com verdadeiros Estados de Exceção, à exata medida que destaca Agamben ao afirmar que “o Estado de exceção apresenta-se, nesta perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”⁸⁵.

Agamben não abandona a ideia de aplicação da norma ao caso concreto explicitando que é neste momento que a exceção pode prevalecer:

O estado de exceção é, neste sentido, a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Deste modo, a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob forma de exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde um pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real⁸⁶.

Ao decidir a vida dos cidadãos desprovidos de norma, seja ela formal ou interpretativa, o julgador ou órgão julgador está em verdade a afastar toda e qualquer garantia do cidadão à segurança jurídica prometida pelo ordenamento jurídico.

Agamben afirma que “o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se

⁸⁴ Idem., p. 39.

⁸⁵ Idem., p. 13

⁸⁶ Idem., p. 63.

indeterminam"⁸⁷. O juiz, ao aplicar normas diferentes a casos análogos, não está a extinguir a referida norma do ordenamento, ao contrário "a suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou pelo menos não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica"⁸⁸.

Esse estado de incerteza não é mais admissível, nos dias atuais. Permitir que o julgador possa mandar e desmandar no sistema jurídico estabelecido é negligenciar o Estado de Direito que se fez a opção (constitucional) de seguir.

Não há dúvidas de que o positivismo puro, ou a ideia de que o juiz deve agir tão somente e pautar-se na literalidade da lei, são teses ultrapassadas, porém, deve-se repensar em que ponto nos afastamos do próprio Estado de Direito.

Citando Dante, o próprio Agamben vê uma crítica implícita ao estado de exceção, na afirmação de que "quem se propõe a alcançar o objetivo do direito, deve proceder conforme o direito"⁸⁹. Deve proceder conforme o Direito e fornecer o mínimo de segurança e confiança ao cidadão que se submete ao Poder Público, em todas as suas esferas.

Conceder ao Poder Judiciário a função constitucional de interpretar as leis – que, como se sabe, não possuem um significado completo – não é admitir a pura discricionariedade que beira à arbitrariedade.

Sem as devidas estabilidade e segurança jurídica, não é possível construir um Estado Democrático de Direito, capaz de afirmar e imprimir validade às normas constitucionais tidas como um sistema, em perfeita harmonia e capaz de impetrar tão almejada paz.

2.4.2 (Des)Confiança na Justiça Brasileira

O sentimento de insegurança e falta de confiança nas instituições do Estado, especialmente no Poder Judiciário, não representa mais um mero sentir, ou uma questão meramente opinativa, expressada por algum jurista ou fruto de uma discussão leiga e informal.

⁸⁷ Idem., p. 39.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Idem., p. 42

A capacidade do Poder Judiciário de se apresentar como uma instância legítima, na solução de conflitos que surgem no ambiente social, empresarial e econômico, é uma questão que afeta profundamente o desenvolvimento econômico e social de um país⁹⁰.

Desde abril de 2009, surge no cenário nacional a criação e a aplicação do Índice de Confiança na Justiça no Brasil – ICJBrasil -, com publicações trimestrais, visa retratar sistematicamente a confiança da população no Poder Judiciário.

Os pesquisadores identificaram que:

No caso brasileiro, a crise no sistema de Justiça não é um fenômeno recente. As pesquisas mostram que, ao menos quanto à eficiência do Judiciário, no que diz respeito ao tempo e a burocratização de seus serviços, a sua legitimidade vem sendo questionada desde o início da década de 1980. De lá para cá, e com maior intensidade a partir de 2000, alguns trabalhos levantaram dados sobre as atividades do Judiciário, como o número de processos novos e em andamento a cada ano. Com a reforma do Judiciário aprovada em dezembro de 2004⁹¹ e a criação do Conselho Nacional de Justiça em 2005, tivemos alguns avanços na produção e publicação de dados sobre o Judiciário brasileiro, nas suas mais diversas organizações e instâncias. Exemplo disso é o relatório Justiça em Números, publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça e disponibilizado em sua página na internet⁹².

Apesar desses avanços, nenhuma, dessas informações disponibilizadas, mostram dados objetivos sobre a forma pela qual o Judiciário brasileiro aparece como uma instituição confiável em termos de eficiência, imparcialidade e honestidade. Essas informações também não são capazes de indicar as motivações do cidadão na utilização do Judiciário como forma de solução de conflitos.

Partindo da premissa de que essas informações representam uma das formas de indicar a legitimidade do Judiciário e de que essa última afeta de forma definitiva o desenvolvimento do país, o objetivo deste projeto é, através da criação e aplicação do Índice de Confiança na Justiça no Brasil⁹³.

Sob a coordenação da Prof.^a Luciana Gross Cunha, a equipe de pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito, definiu que “retratar a confiança do cidadão em uma instituição significa identificar se o cidadão acredita que essa instituição cumpre a sua função com qualidade, se faz isso de forma em que benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa

⁹⁰ Cf. DIREITO GV - Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acessado em: 30 jul. 2010.

⁹¹ Emenda Constitucional nº 45, aprovada em dezembro de 2004.

⁹² Disponível em: www.cnj.org.br.

⁹³ DIREITO GV - Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil.

instituição é levada em conta no dia-a-dia do cidadão comum”. Assim, compõe-se o ICJBrasil por dois subíndices: um subíndice de percepção⁹⁴ e um subíndice de comportamento⁹⁵.

Na mais recente publicação do índice, referente segundo trimestre de 2010, o ICJBrasil é de 4,4 pontos, sendo o subíndice de comportamento de 6,4 pontos e o subíndice de percepção de 3,5 pontos.

No primeiro trimestre de 2010, o ICJBrasil era de 5,9 pontos. O subíndice de comportamento era de 8,2 pontos e o subíndice de percepção era de 4,9 pontos.

O ICJBrasil para o quarto trimestre de 2009 foi de 5,8 pontos. O subíndice de comportamento foi de 8,1 pontos e o subíndice de percepção foi de 4,7 pontos.

No terceiro trimestre de 2009, o ICJBrasil foi 5,6 pontos. O subíndice de comportamento foi de 7,8 pontos e o subíndice de percepção é de 4,7 pontos.

Por fim, no primeiro relatório do ICJBrasil para o segundo trimestre de 2009, o ICJBrasil foi de 6,5 pontos. O subíndice de comportamento foi de 8,0 pontos e o subíndice de percepção foi de 5,0 pontos.

Percebe-se que houve um gradual aumento na confiança da população com relação à confiança na Justiça brasileira, todavia, ocorreu uma queda abrupta no último relatório publicado.

Deve-se asseverar que nas primeiras quatro edições do índice as amostras foram distribuídas pelas regiões metropolitanas de Belo Horizonte, Brasília, Porto

⁹⁴ “O subíndice de percepção é produzido a partir de um conjunto de oito perguntas em que o entrevistado deve emitir sua opinião sobre o Judiciário no que diz respeito a (i) confiança, (ii) rapidez na solução dos conflitos, (iii) custos do Judiciário, (iv) facilidade no acesso, (v) panorama dos últimos 5 anos, (vi) honestidade e imparcialidade, (vii) capacidade para solucionar os conflitos e (viii) perspectiva para os próximos 5 anos”.

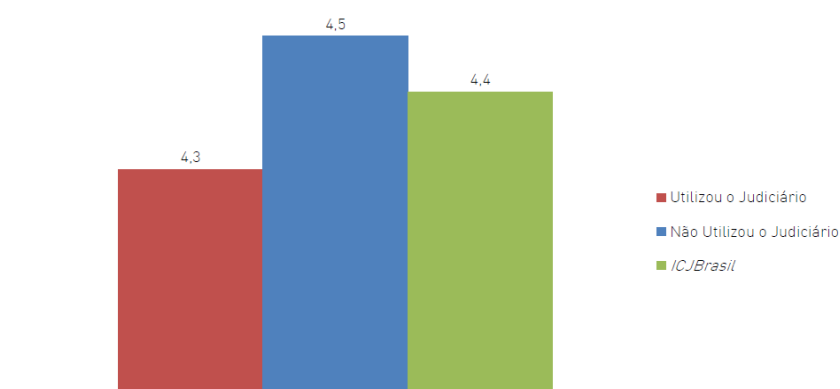
⁹⁵ “Para a produção do subíndice de comportamento, foram construídas seis situações diferentes e pede-se ao entrevistado que diga, diante de cada uma das situações, qual a chance de procurar o Judiciário para solucionar o conflito. As respostas possíveis para essas perguntas são: (i) não; (ii) dificilmente; (iii) possivelmente; (iv) sim, com certeza.

As situações hipotéticas foram construídas com o objetivo de procurar relacionar conflitos nos quais a população dos centros urbanos pode se envolver e que podem suscitar processos na Justiça Comum, deixando de fora as questões relativas à área penal, quando as pessoas envolvidas não têm liberdade de decidir se procuram ou não o Judiciário. Assim foram elaborados casos envolvendo: direito do consumidor, direito de família, direito de vizinhança, direito do trabalho, um caso envolvendo o poder público e um caso relativo à prestação de serviço. Também houve um esforço para criar situações nas quais pessoas com rendas diferentes pudessem se envolver e situações em que os entrevistados ocupassem posições diferentes nos diversos conflitos. Assim, por exemplo, em uma das situações o entrevistado é o consumidor, sendo a parte mais fraca no conflito e em outra situação o entrevistado é o contratante na relação de prestação de serviço, sendo a parte mais forte”.

Alegre, Recife, Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo, capitais cujas regiões metropolitanas representam aproximadamente 1/4 da população brasileira, segundo dados do Censo de 2000 do IBGE. Na última edição expandiu-se a abrangência das amostras que foram distribuídas pelos Estados de Belo Horizonte, Brasília, Porto Alegre, Recife, Salvador, Rio de Janeiro, São Paulo, incluindo o Distrito Federal, que juntos representam aproximadamente 60% da população brasileira, segundo dados do Censo de 2000 do IBGE.

Assim, a mais abrangente das pesquisas realizadas com amostras extraídas de um universo representativo de 60% da população demonstrou que menos da metade dos entrevistados confiam na Justiça brasileira.

Esse índice é ainda menor entre os entrevistados que já participaram de algum processo judicial com 4,3 pontos, a par do que aqueles que não utilizaram o Judiciário, nos últimos cinco anos, representam o índice de 4,5 pontos, conforme gráfico publicado pela pesquisa⁹⁶:

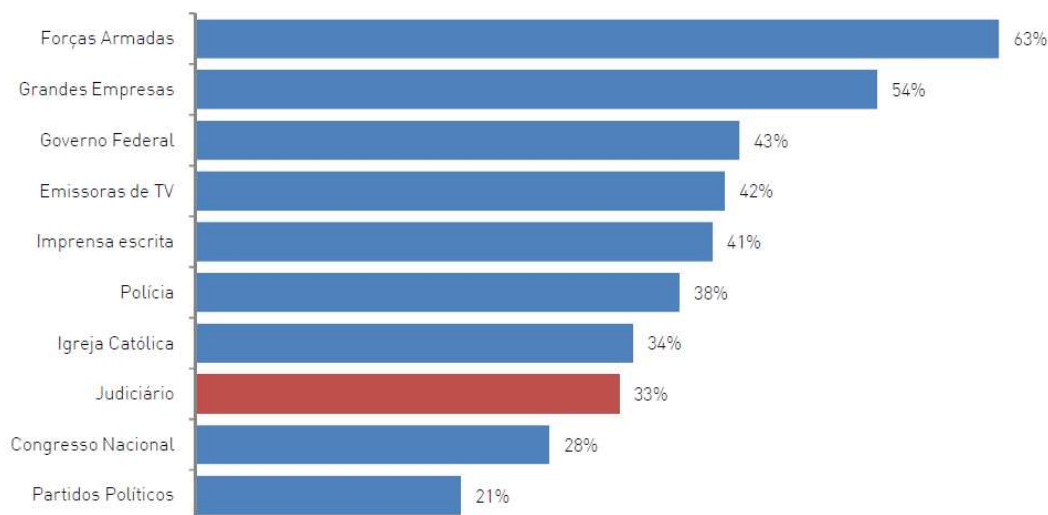


Essa confiança aumenta conforme aumentam a renda e a escolaridade dos entrevistados.

Na comparação do Poder Judiciário com a confiabilidade em outras instituições, a pesquisa demonstrou que “o Poder Judiciário só não é menos confiável aos olhos da população, que o Congresso Nacional e os Partidos

⁹⁶ Relatório ICJBrasil 2º trimestre/2010. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/6878>. Acessado em: 30 jul 2010.

Políticos”, conforme demonstra o gráfico do “Percentual dos entrevistados que declaram confiar ou confiar muito nas instituições – 2.º Trimestre/2010”⁹⁷:



A conclusão dos dados apresentados foi de que “continuam a indicar a má avaliação do Judiciário como prestador de serviços públicos, realidade que já vinha sendo observada desde as primeiras ondas do índice”.

Dentre os problemas enumerados, a par da morosidade e da dificuldade de acesso outros três alarmantes problemas são identificados pelos entrevistados, como a “falta de honestidade (61% consideram o Judiciário nada ou pouco honesto), a parcialidade (60% acreditam que o judiciário é nada ou pouco independente) e a falta de competência para solucionar os casos (54% da população classificam o Judiciário como nada ou pouco competente”.

Por fim, em declaração espontânea sobre o quanto confiam no Poder Judiciário, o índice revela, ainda, que apenas 33% dos entrevistados responderam que ele é confiável ou muito confiável.

Através de métodos de pesquisa cientificamente reconhecidos, é extremamente preocupante a situação de um país onde cerca de um terço, apenas, do universo entrevistado – que reflete um universo de 60% da população - responde que confia no Poder estatal encarregado de solucionar os conflitos existentes na

⁹⁷ Ibidem.

sociedade, ou ainda, pior, mais da metade desse universo sequer acredita na competência e legitimidade desse Poder.

Não se pode ignorar o sentimento das pessoas para as quais o Poder Judiciário é dirigido. Restou evidente que as coisas não podem, nem devem, permanecer arraigadas a antigos dogmas que não mais atendem as necessidades da vida real, por meio de meras elucubrações acadêmicas. É necessário ampliar horizontes e enxergar o possível dentro do panorama constitucional brasileiro, que nos fornece todos os subsídios necessários ao aprimoramento do sistema, especialmente, do Poder Judiciário, que em última análise é seu guardião por excelência.

Ingo Wolfgang Sarlet adverte: “um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente”⁹⁸.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. Informa:

Não resta dúvida de que vivemos hoje uma situação de crise. Uma crise, no entanto, nos obriga a voltar às questões mesmas e exige respostas, novas ou velhas, mas, de qualquer modo, julgamentos diretos. Uma crise só se torna um desastre quando respondemos a ela com juízos pré-formados isto é, com preconceitos. Uma atitude dessas não apenas aguça a crise, como nos priva da experiência da realidade e da oportunidade que ela proporciona à reflexão (H. Arendt)⁹⁹.

Nos capítulos seguintes, analisar-se-á a experiência do direito comparado anglo-saxão e sua aproximação ao sistema de raízes romano-germânicas através da nova sistemática constitucional que, como já apontado, clama por um sistema jurídico capaz de imprimir o mínimo de confiança e estabilidade a sociedade para o qual é dirigida.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*

⁹⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Apresentação. *In*: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Leite Corddeiro dos Santos. 10 ed. Brasília: Ed. UnB, 199. p. 17 *Apud* Nunes, J. A. M. *Op. cit.* p. 7.

3 A SOLIDEZ DAS DECISÕES NO SISTEMA DE *COMMON LAW*

3.1 A TEORIA DOS PRECEDENTES

3.1.1 A Doutrina do *Stare Decisis*

Antes de adentrarmos ao estudo dos institutos propostos é necessário advertir que a tradição anglo-saxã, consubstanciada no sistema jurídico do *common law*, tem suas origens enraizada em uma história multiseular de um Direito não escrito e como produto natural das regras estabelecidas pelos costumes. Esse regime adotado inicialmente pela Inglaterra, gestora do embrião do *common law*, foi também adotado por diversos outros países, como Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia¹⁰⁰, inspirando, ainda, sistemas mistos como o adotado pela Escócia.

Apesar de a inexistência de normas escritas ter deixado, há algum tempo, de ser regra essencial do *common law*, prepondera o preceito de que não apenas a lei formal é fonte primeira do Direito, mas o respeito às tradições e aos costumes são igualmente valorizados - através da jurisprudência, recentemente reforçada pela teoria dos precedentes obrigatórios.

Importante anotar que, apesar do ambiente natural desse instituto encontrar-se arraigado na natureza predominantemente judicial, “voltando-se mais para os casos concretos do que para fórmulas abstratas”¹⁰¹, é imperioso perceber que a doutrina da obediência aos precedentes em nada anula ou impossibilita a existência de leis escritas. Os precedentes podem e devem versar sobre a interpretação das leis e das questões de Direito, sejam elas escritas ou não.

Anote-se:

¹⁰⁰ Cf. SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao estudo do direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001. p. 13.

¹⁰¹ SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. *In: Arquivos do Ministério da Justiça*. n. 157. p 84. *Apud* NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

(...) ainda que os precedentes tenham sido fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, o *stare decisis* tem sustentação especialmente na igualdade, na segurança e na previsibilidade. Assim, o *stare decisis* não se confunde com o *common law*, tendo surgido no curso do seu desenvolvimento para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas¹⁰².

Feitas as advertências pertinentes, permite-se adentrar ao estudo da teoria de precedentes que hoje permeia o *common law* especialmente mediante o estudo do *stare decisis*.

A expressão *stare decisis*, em que pese sua vasta utilização nos países de tradição de *common law* de origem anglo-saxã, não retira sua significância deste¹⁰³, ao contrário, sua origem deriva do latim, cuja máxima era expressa pelo brocardo “*stare decisis et non quieta movere*”. O axioma significa “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”.

O termo *stare decisis*, vastamente difundido nas comunidades de tradição *common law*, portanto, nada mais é do que a abreviatura daquele brocardo latino.

Como a própria literalidade da proposição nos indica, o *stare decisis* se relaciona com a estabilidade do sistema, com a manutenção de suas decisões e entendimentos de forma a obter um ordenamento mais uniforme e conforme para todos.

O pilar dessa teoria é a manutenção e o respeito aos julgamentos anteriormente proferidos por suas cortes de forma que os julgamentos futuros venham a seguir aquilo já previamente “estabelecido”, constituindo uma regra de uniformidade do sistema¹⁰⁴.

¹⁰² MARINONI, L. G. (Coord.). **A força dos precedentes**. p. 7.

¹⁰³ *Stare* em inglês significa olhar fixamente, fixar o olhar.

¹⁰⁴ Existe, também, na tradição do *common law* a discussão acerca das teorias declaratória e constitutivas da jurisdição, contudo, no presente trabalho não se preocupará em esmiuçar cada uma delas, anotando-se, contudo, a advertência trazida por Luiz Guilherme Marinoni: “a verdade é que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, ao invés de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja, o *common law*. De modo que, ainda que se admitisse a função judicial meramente declaratória, nada poderia indicar que o juiz estivesse menos disposto a respeitar o passado, assim como, mesmo que se aceitasse a criação judicial do direito, nada poderia assegurar que o juiz estaria obrigado a respeitar os precedentes. Esclareça-se que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva foram obrigadas a admitir a revogação do precedente cujo conteúdo não pudesse ser reprisado sem gerar injustiça no caso concreto”. MARINONI, L. G. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.

Conforme apontado por Melvin Aron Eisenberg, sob a égide dos precedentes vinculantes, encontra-se a satisfação do aludido princípio da uniformidade - que também pode ser lido, em sua obra, como igualdade - no qual o juiz ao decidir uma questão nova deve ter em mente que não decide tão somente um caso concreto particularizado pelas partes que o compõem, mas, do mesmo modo, julgará um caso concreto que servirá como base para todo e qualquer litigante que se encontre em posição jurídica assemelhada¹⁰⁵. Demonstra ser a vinculação dos precedentes uma tarefa que exige responsabilidade e respeito por parte do julgador, que, além de preocupar-se com a uniformidade do sistema, confere maior aplicabilidade ao princípio da igualdade.

A obediência aos precedentes enunciada pela doutrina do *stare decisis* não deve levar a conclusões apressadas, pois esta técnica não se presta a transformar a atividade jurisdicional em uma atividade desprovida de racionalidade, na qual o julgador é mera peça de um sistema quase que mecânico de obtenção de decisões, através da vinculação deste às decisões já previamente formatadas.

Ao contrário, o uso dos precedentes deve ser encarado “como algo que ao mesmo tempo que orienta as pessoas e obriga os juízes, não imobiliza as relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com a realidade e com os novos tempos”¹⁰⁶.

Em que pese a pretensão dos precedentes de se estabelecerem, no tempo, estes não são perpétuos e imutáveis. Aliás, sua possibilidade de alteração é algo essencial para a própria sobrevivência de sua doutrina. Mesmo quando se pretenda afastar a aplicação de determinado precedente, fica o julgador vinculado ao seu

¹⁰⁵ “Under the principle of objectivity, courts are obliged to reason from propositions that are universal, that is, propositions the courts are ready to apply not merely to the parties to the immediate dispute, but to all similarly situated disputants who may come before them in the future. *Stare decisis* gives effect to this concept too. Under *stare decisis*, a court is on notice that if it chooses to apply a given proposition to resolve a dispute between these litigants today, it may be obliged to apply the same proposition to all similarly situated disputants in the future. Thus *stare decisis* discourages a court from deciding cases on the basis of propositions it would be unwilling to apply to all similarly situated disputants. Another concept entailed by the principle of objectivity is even more salient in this area: the concept of evenhandedness, that like cases should be treated alike. The concept of universality instructs a court not to decide a case on the basis of a rule unless it is ready to apply the rule to all similarly situated disputants. The concept of evenhandedness instructs a court that all other things being equal, once the court has adopted a rule to decide a case it should indeed apply that rule to similarly situated disputants”. EISENBERG, M. A. *Op. cit.* p. 49

¹⁰⁶ MARINONI, LUIZ GUILHERME. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 214.

enfrentamento. Essa questão merece maior atenção, razão pela qual será tratada em momento próprio, mais adiante.

Por ora, cabe pensar e compreender o funcionamento da doutrina do *stare decisis*, mais precisamente seu nascimento e afirmação, enquanto precedente obrigatório.

A vinculação dos precedentes pode se dar de diversas maneiras e sofrer algumas variações a depender da nação que os aplica, especialmente com relação à forma de vinculação, vertical ou horizontal, e as modalidades de hierarquização das cortes quanto a isso, mas a essência de seus institutos permanece inalterada.

Passa-se, assim, ao estudo dos elementos formadores da técnica do *stare decisis*.

3.1.2 *Ratio Decidendi*

Conforme já visto na doutrina do *stare decisis*, advoga-se a tese dos precedentes obrigatórios pelos quais os juízes singulares ou as cortes, de forma geral, ficam vinculados a seguir precedentes já estabelecidos, quando diante de um caso em julgamento, cuja situação fática e jurídica já tenha sido anteriormente enfrentada.

A questão que ora se põe é como, ou o que, deve ser seguido com relação aos precedentes. Em outras palavras, cumpre saber qual é a parte do precedente que efetivamente vincula o julgador vindouro.

A resposta é unívoca: a parte do precedente que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi*, todavia, questão não tão simples é a perfeita definição desse instituto.

Ao se tratar de precedentes obrigatórios o operador do Direito deve estar apto a distinguir a *obiter dictum*, que não pertence ao núcleo vinculante da decisão, e a *ratio decidendi*, sobre a qual efetivamente repousa a força obrigatória do precedente.

Entretanto, a solução não é assim tão tranquila quanto aparenta. O cerne da questão está justamente em identificar qual o efetivo conteúdo da *ratio decidendi*.

Trata-se, inclusive, de uma das questões mais controvertidas da doutrina do *stare decisis*, sendo que a discussão circunda não apenas a definição do instituto,

como também o método utilizado a sua correta identificação no bojo de um precedente judicial.

Num primeiro aspecto é possível trazer à baila, com apoio na literatura jurídica inglesa, pelo menos cinco definições transcritas por Marcelo Alves Dias de Souza, de autoria de Twining e Miers:

- a) a regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso;
- b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso;
- c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso;
- d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso;
- e) a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso¹⁰⁷.

Como restou demonstrado, as definições apresentadas não servem, por si só, para encerrar o celeuma, ao contrário, evidenciam a necessidade de conjugá-las a outros elementos, pelo que se passa à análise do método para sua determinação.

Existem três principais doutrinas a respeito. A primeira a merecer destaque é denominada teoria clássica, preconizada por excelência por Wambaugh¹⁰⁸, cujo método mereceu seu nome.

Propõe Wambaugh que a *ratio decidendi* é a proposição determinante do julgamento, sem a qual o caso seria decidido de forma diversa.

O método sugere a realização de um exercício mental que consiste em substituir, na proposição principal, o seu núcleo essencial pela regra antagônica a este. Se tal inversão implicar a alteração do julgamento, está-se diante da *ratio decidendi*.

Tomando por base o raciocínio aristotélico, apresentado por Marcelo Alves Dias de Souza, “a *ratio decidendi* de um caso é a premissa maior de um silogismo

¹⁰⁷ TWING e MIERS *Apud* ITURRALDE SESMA, Victoria. **El precedente em El Common Law**. Madrid: Civitas, 1995. p. 82. *Apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 126

¹⁰⁸ Esta doutrina é apoiada por Solomon, Gray, Allen, Margan, dentre outros. Cf. SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 126/127.

necessário, cuja premissa menor são os fatos do caso, e a conclusão, a decisão em si”¹⁰⁹.

A segunda teoria denominada “estímulo-resposta” ou “fatos-decisão”, preconizada por Herman Oliphant, representa uma visão externa da escola conhecida como realismo jurídico americano.

Esse método propõe que a *ratio decidendi* não repousa sobre o raciocínio jurídico do julgador, pois este nada mais é do que a resposta dada aos fatos levados a julgamento, e, portanto, não se trata de regra geral e abstrata, mas de uma regra individual e concreta.

Nas palavras de Herman Oliphant:

Mas há um fator constante nesses casos que é suscetível de impressão e estudo satisfatório. O elemento previsível nisso tudo é que as cortes têm feito em resposta aos estímulos dos fatos dos casos concretos levados a elas. Não as opiniões dos juizes, mas de que forma eles decidem os caso é o que será a matéria dominante de qualquer estudo verdadeiramente científico do Direito¹¹⁰.

Por fim, a teoria de Goodhart assevera que a *ratio decidendi* está apoiada, em verdade, na decisão proferida pelo julgador baseada nos fatos materialmente relevantes à solução do caso.

Em outras palavras, a *ratio decidendi* é encontrada na conjugação dos fatos considerados relevantes pelo julgador e suas conclusões baseadas nesses fatos.

Goodhart afasta a generalização ou a abstração trabalhadas na teoria clássica, bem como afasta a relatividade dos fatos na concretização e individualização da teoria do fato/decisão.

Note-se que nesse método o autor não ignora a importância da decisão em si, ou seja, da solução encontrada pelo julgador (*opinion*), tão menos renega importância das considerações acerca dos fatos pertinentes ao caso que gerou o

¹⁰⁹ SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 127.

¹¹⁰ “But there is a constant factor in this cases which is susceptible of sound and satisfying study. The predicable element in it all is what counts have done in response to the stimuli of the facts of the concrete cases before them. Not the judges’ opinions, but which way they decide the cases, will be the dominant subject matter of any truly scientific study of law”. OLIPHANT, Herman. **A Return to Stare Decisis (1928) 14 American Bar Association Journal - ABAJ**, p. 71-77. *Apud* SOUZA, M. A. D.. *Op. cit.* p. 128.

precedente, ao contrário, a gênese desta teoria reside, justamente, em perquirir a “forma como o julgador tratou os fatos”¹¹¹.

Assim exemplifica o próprio autor:

Num certo caso, a corte considera que os fatos A, B e C existem. Então, excluem o fato A como irrelevante, e a partir dos fatos B e C chega a conclusão X. Qual é a *ratio decidendi* deste caso? Há dois princípios: (1) Em qualquer caso futuro em que os fatos sejam A, B e C, o tribunal deve chegar conclusão X, e (2) em qualquer caso em que os fatos sejam B e C, o tribunal deve chegar conclusão X. No segundo caso, a falta do fato A não afeta o resultado, pois o fato A foi considerado irrelevante. O tribunal, portanto, cria um princípio quando determina quais são os fatos fundamentais e quais são os fatos irrelevantes nos quais baseia sua conclusão¹¹².

Percebe-se, pois, que as teorias expostas, e indispensáveis para a compreensão da questão cingem-se ao princípio que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*)¹¹³, todavia, para se alcançar seguramente a *ratio decidendi* é preciso buscá-la em dois pontos distintos, entretanto, complementares.

O primeiro ponto é justamente o enunciado por Goodhart com a identificação dos fatos e a decisão sobre eles. No entanto, o método fático, isoladamente, não responde às necessidades emanadas pela *ratio decidendi*, posto que os fatos, propriamente ditos, não se repetem à perfeição, e as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades e peculiaridades dos casos.

É preciso considerar também as razões da decisão, de forma que os fatos concretamente analisados possam sofrer algum nível de abstração para que sejam compreendidos em uma classe ou categoria de fatos condicionada pela razão, ou norma de julgamento, proveniente da decisão.

¹¹¹ PORTES, M. *Op. cit.*

¹¹² “In a certain case the court finds that facts A, B and C exist. It then excludes fact A as immaterial, and on facts B and C it reaches conclusion X. What is the *ratio decidendi* of this case? There are two principles: (1) In any future case in which the facts are A, B and C, the court must reach conclusion X, and (2) in any case in which the facts are B and C the court must reach conclusion X. In the second case the absence of fact A does not affect the result, for fact A has been held to be immaterial. The court, creates a principle when determines which are the material and which are immaterial facts on which it bases its conclusion” GOODHART, Athur L. *The ratio decidendi of a case. In: Jurisprudence in action: a pleader’s Analogy.* New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1993. p. 189-122. *Apud* SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 132.

¹¹³ Está ideia é também trabalhada por Goodhart em sua teoria.

Eis o que assevera Luiz Guilherme Marinoni:

As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente e do caso sob julgamento. O método fático importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedent case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática do caso dentro da moldura do precedente. Lembre-se, com efeito, que a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipóteses que, numa perspectiva valorativa e jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado¹¹⁴.

Traçada, em breves linhas, o que é, e como, a *ratio decidendi* pode ser encontrada, importante obtemperar *onde* ela pode ser localizada.

Urge advertir que, no vigente Direito brasileiro tal figura inexistente, não existindo qualquer teoria concreta acerca de precedentes obrigatórios dotados de forma vinculante obrigatória pautada na *ratio decidendi*. Configura erro grosseiro confundir a *ratio decidendi* com a coisa julgada ou, ainda, com os limites objetivos desta, qual seja o dispositivo da decisão.

A delimitação dos elementos componentes da decisão judicial para o fim de se extrair a *ratio decidendi* não pode, portanto, restringir-se ao dispositivo, pelo contrário, o núcleo vinculante da decisão estará, na maioria das vezes, inserido na fundamentação e no próprio relatório¹¹⁵.

Não se ignora a importância do dispositivo para a formação da *res judicata* que, em última análise, formalizará a “lei entre as partes”.

Porém, na tradição do *common law* as razões da decisão não têm sua importância condicionada à coisa julgada. Ao invés disso, os fundamentos da decisão destacam-se em importância porque aquela decisão não importa somente às partes nela envolvidas (*inter partes*). Perceba-se que o relatório e, especificadamente, a fundamentação, é que farão surgir a regra de direito (*rule of law*) que, amiúde, será aplicada aos casos futuros.

Note-se que a regra de julgamento e a própria fundamentação não se confundem, pois, nesta podem estar contidas, também, questões periféricas e não

¹¹⁴ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 230.

¹¹⁵ Que por expressa determinação legal (art. 469 do CPC) são afastado por completo da incidência da coisa julgada.

vinculantes (*obter dictum*), porém, é certo afirmar que ser essencialmente nesta que aquela está contida.

Luiz Guilherme Marinoni destaca:

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é "algo mais". E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes - e, assim, não importa apenas a coisa julgada material -, mas também a segurança dos jurisdicionados em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados¹¹⁶.

É a *ratio decidendi* que será objeto de interpretação ou de aplicação por analogia, aos que preferirem. É ela (*ratio decidendi*) que formará o núcleo ou o norte a ser seguido nos casos vindouros. Anotem-se a observação feita por Maira Porte:

A compreensão dialética da decisão representará importante papel no momento da revogação do precedente, pois a justificativa para desconstituição, revogação parcial ou adaptação de determinada proposição jurídica constante de um precedente deve levar em consideração o contexto fático e jurídico da ação que deu origem ao precedente e do caso em julgamento, principalmente no que tange às questões de fato, as quais somente podem ser encontradas no relatório e na fundamentação¹¹⁷.

Além das questões já abordadas – o que é, como e onde a *ratio decidendi* está inserida na tradição do *common law* –, resta um último mote, e não menos importante, a ser analisado: quem define o núcleo vinculante de decisão (precedente)?

A questão se põe em descobrir se é o próprio órgão prolator da decisão do precedente ou aquele juízo que estará obrigado a segui-la que devem, em última análise, definir a *ratio decidendi*.

¹¹⁶ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 222.

¹¹⁷ PORTES, M. *Op. cit.* p. 108.

Parece que a questão não gera maiores contradições na doutrina ao se reconhecer que a *ratio decidendi* é efetivamente definida pelo órgão que elaborou o precedente.

Neste sentido:

Note-se que, ao se supor que a Corte subsequente cria o precedente, estabelece-se um efeito retroativo, não desejável e admissível quando se têm em conta a segurança e a previsibilidade. O novo caso dá à Corte posterior apenas a possibilidade de compreender o precedente, que existe desde quando instituído pela primitiva Corte. Portanto, ainda que se admitisse que o juiz do novo caso elabora a *ratio decidendi*, ter-se-ia necessariamente duas *ratio decidendi*, uma elaborada pelo juiz do caso ordinário e outra pelo juiz do novo caso. Lembre-se que é nesta dimensão que Julius Stone falou em *ratio decidendi* descritiva e em *ratio decidendi* prescritiva, também atribuindo a esta última a qualificação de obrigatória, já que reveladora das razões que uma Corte posterior está obrigada a seguir¹¹⁸.

Vale destacar que a obrigatoriedade em seguir precedente não isenta os juízes, nos casos futuros, de compreendê-los diante dos novos casos, embora seja esta interpretação limitada.

Tal limitação é inerente da própria teoria do *stare decisis* como analisado por Robert Goff LJ, citado por Marcelo Alves Dias Souza:

Eu sinto (...) que estaria faltando com sinceridade se ocultasse minha infelicidade com a conclusão que eu me sinto compelido a alcançar. Na minha opinião, embora seja claro que os tribunais deste país estão obrigados pela doutrina do precedente, sensatamente interpretada, mesmo assim seria irresponsável para os juízes atuarem como máquinas, rigidamente aplicando precedentes sem considerar as consequências. Onde, portanto, parece à primeira vista que o precedente compele um juiz a chegar a uma conclusão que ele percebe ser injusta ou não apropriada, ele está, eu considero, sob um dever positivo de examinar os precedentes relevantes com cuidado escrupuloso para averiguar se ele pode, dentro dos limites impostos pela doutrina do precedente (sempre sensatamente interpretada), legitimamente interpretar ou qualificar o princípio expresso nos precedentes para alcançar o resultado que ele entende como justo ou apropriado no caso particular. Eu não disfarço o fito de que eu busquei desempenhar essa função no caso presente¹¹⁹.

¹¹⁸ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 231.

¹¹⁹ "I feel (...) that I would be lacking in candour if I were to conceal my unhappiness about the conclusion which I feel compelled to reach. In my opinion, although of course the courts of this country are bound by the doctrine of precedent, sensibly interpreted, nevertheless it would be irresponsible, for judges to act as automata, rigidly applying authorities without regard to consequences. Where, therefore, it appears at first sight that authority compels a judge to reach a conclusion which he senses to be unjust or inappropriate, he is, I consider, under a positive duty to examine the relevant

Assim, apesar da vinculação obrigatória do precedente, o juiz futuro deve sempre justificar sua decisão no caso concreto.

3.1.3 *Obiter Dictum*

A *obiter dictum* ou *obiter dicta* (no plural) guarda estrita relação com a *ratio decidendi*. Tanto é verdade que o enfrentamento do tema está tão distante do consenso quanto as teorias voltadas a enfrentar as questões que circundam a *ratio decidendi*.

Isto se dá em razão da *obiter dictum* ser, corriqueiramente, definida pela exclusão ou, havendo preferência, de forma negativa. Assim, *obiter dicta* são todas as proposições jurídicas constantes da decisão que não forem *ratio decidendi*.

Cabe ao operador, em primeiro lugar, identificar claramente a *ratio decidendi*, para somente depois voltar os olhos ao seu redor e vislumbrar as *dicta*.

Como já destacado, esta não é um missão fácil, posto que os argumentos periféricos podem parecer diversos aos distintos operadores que apreciem um mesmo precedente, pela própria definição dos limites da *ratio decidendi*. Destarte, a exata compreensão do que seja o núcleo vinculante de uma decisão ou mero *dictum*, se aprimora pelo amadurecimento dos precedentes nas cortes. Segundo Lucas Cavalcanti da Silva, isto “só ocorre após sua atuação a casos futuros, por meio dos quais, paulatinamente, a corte que o criou apontará com maior clareza e precisão quais são as suas razões de decidir e quais são os argumentos meramente retóricos”¹²⁰.

Ultrapassadas as discussões a respeito da identificação do núcleo vinculante dos precedentes (*ratio decidendi*), todas as demais questões enfrentadas pela corte, sejam elas efetivamente periféricas ao caso em julgamento, sejam elas não

authorities with scrupulous care to ascertain whether he can, within the limits imposed by the doctrine of precedent (always sensibly interpreted), legitimately interpret or qualify the principle expressed in the authorities to achieve the result which he perceives to be just or appropriate in the particular case. I do no disguise the fact that I have sought to perform this function in the present case”. Elliott v. C (A Minor) (1983) 2 ALL ER 1005, ROBERT DOFF Lj. Apud SOUZA, M. A. D.. Op. cit. p. 135.

¹²⁰ SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do supremo tribunal federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. p. 149-165.

determinantes para a decisão alcançada¹²¹, não deterão a característica vinculante, ou seja, poderão ser desprezadas em julgamento futuros, mesmo aqueles que versem exatamente sobre a mesma questão ali enfrentada, todavia, por meio das *obter dicta*.

Apesar das *obter dicta* não possuírem, certamente, caráter vinculante, são elas persuasivas podendo servir de fundamento a argumentações de decisões futuras, ou, ainda, se não acatadas pelo julgador futuro devem ser fundamentadamente refutadas.

Note-se, portanto, que não se trata de meros caprichos dos julgadores antecedentes, mas podem servir, e ser de grande utilidade para nortear interpretações futuras, que podem, estas sim, vir a formar novos precedentes.

Em que pese a vinculação ser a base da teoria do *stare decisis*, há situações em que os precedentes podem ser afastados, como se estudará a seguir.

3.2 A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SISTEMA DE *COMMON LAW*

Fruto da análise, os precedentes nos sistemas de tradição de *common law* atual adquirem força obrigatória e, portanto, devem ser seguidos pelos juízos posteriores.

Esses precedentes obrigatórios, além de trazerem estabilidade ao sistema, procuram, em verdade, imprimir maior certeza ao próprio ordenamento, tornando-o confiável ao cidadão que pode prever e planejar suas condutas conforme as regras que compõem o sistema jurídico vigente. Tais valores não podem assumir papel absoluto no sistema, tendo que ser complementados e, muitas vezes, até limitados, pelos demais valores que permeiam a sociedade. “No mundo do *common law*

¹²¹ Observe-se que nestes casos as questões enfrentadas podem estar relacionadas com os próprios fatos expostos no caso sob julgamento, porém estes fatos não terem sido relevantes a solução, em que pese enfrentados pela corte. Ou ainda, pode a corte criar fatos ou situações hipotéticas a reafirmar ou refutar questões jurídicas decididas, assim, apesar destes fatos não terem sido efetivamente levados ao julgador foram de alguma forma enfrentados pelo julgado. Todavia, em quaisquer das situações acima enunciadas estas deliberações não seriam necessárias e nem guardariam pertinência direta com a solução encontrada, apesar de fazer parte da fundamentação.

certeza e flexibilidade são vistos como valores que competem, cada um tendendo a limitar o outro”¹²².

É evidente que um precedente existe com pretensão de se estabelecer no tempo, todavia, admitir sua absoluta imutabilidade seria negar a própria vigência ao Direito, não ignorado de constituir um saber vivente e dinâmico.

Não são necessários maiores esforços para perceber que um rápido olhar sobre o *stare decisis*, poderia levar à conclusão apressada de que essa teoria conduziria a um direito estático, permanente e inerte, sendo esses requisitos sobrepostos a quaisquer outros em nome da certeza e da segurança jurídica. Como asseverado por Lucas Cavalcanti da Silva, “se de um lado prestigia a uniformidade da jurisprudência e a previsibilidade das decisões futuras, de outro, poderia impedir o desenvolvimento do Direito e a adaptação do entendimento dos tribunais à dinâmica social, tornando a jurisprudência obsoleta”¹²³.

É de se admitir, mesmo na teoria do *stare decisis et non quieta movere*, existirem situações admitindo que determinados juízos afastem a aplicação do precedente já estabelecido, ou até mesmo o revoguem expressamente, sem que isso contrarie a própria natureza do *stare decisis*.

Mesmo na Inglaterra, onde a teoria do *stare decisis* já foi vista de forma quase inabalável, a modificação dos precedentes sempre existiu, todavia, camuflada sob outras estampas, as quais hoje não se justificam mais, sendo, hodiernamente, inegável a tangibilidade do instituto frente às necessidades de dinamicidade do Direito.

Neil Duxbury, citado por Maira Portes, aponta:

(...) os tribunais ingleses permaneceram, por muito tempo, inseguros a respeito da possibilidade de discordar e de revogar seus próprios precedentes. Nem a *House of Lords* era capaz de estabelecer uma linha de raciocínio coerente em seus julgamentos, e que fosse capaz de orientar as Cortes a ela subordinadas, tendo se pronunciado, por bastante tempo, no

¹²² MERRYMAN, John Henry. PÉRZ-PERDOMO, Regelio. *The Civil Law Tradition: an introduction the legal system of Europe and Latin America*. Stanfords, Califórnia: Stanford University Press, 2007. p. 48-49. *Apud* DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas e convergência das tradições de *Common law* e de *Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 11-52.

¹²³ SILVA, L. C. *Op. cit.*

sentido de que os precedentes deveriam ser mantidos mesmo quando verificadas falhas jurídicas e processuais, a fim de preservar a segurança jurídica dos futuros litigantes, declarando, assim, sua imunidade à auto-revogação. A mudança de posicionamento foi anunciada com a elaboração do *House of Lords' Practice Statement*, em 1966. Trata-se de uma declaração judicial amplamente controvertida no meio jurídico inglês, a qual estabeleceu, através de uma decisão de características peculiares, que a *House of Lords* poderia discordar de seus precedentes e revogá-los, desde que preenchidos determinados requisitos¹²⁴.

Note-se que, mesmo formalmente admitida a possibilidade de revisão de precedentes no Direito inglês, esta atividade é realizada de forma bastante criteriosa. Tanto é verdade que nas, últimas décadas, as revisões da Suprema Corte do Reino Unido, não ultrapassaram a módica quantidade de um caso revisto por ano¹²⁵.

Nos Estados Unidos da América, por seu lado, a flexibilização da teoria dos precedentes obrigatórios é algo mais corriqueiro como afirma Neil Duxbury¹²⁶:

...nunca houve uma aplicação extremista do *stare decisis*, tanto que é normal que os juízes deixem de seguir determinados precedentes, sem que essa relativa facilidade indique violação ou enfraquecimento da sua força vinculante (*binding force*), uma vez que, ao optar por não seguir determinado precedente, o juiz deve justificar suas razões¹²⁷.

Perceba-se, pois, que tanto em um quanto em outro caso o afastamento de um precedente não está inserido na esfera de liberdades do julgador. Ao contrário, em ambos os casos há necessidade de justificação da decisão que não aplica um precedente, demonstrando a conexão do juízo com o que foi decidido no passado, como forma de manutenção da coerência da Corte e do sistema jurídico como um todo.

Neil Duxbury assevera que a recusa injustificada e desfundamentada de um juiz a seguir um precedente pode ser equiparada à recusa ao cumprimento de uma obrigação moral, ou seja, até se admite o seu descumprimento, desde que sejam apresentadas razões suficientes¹²⁸.

¹²⁴ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008. p. 124-125 *Apud* PORTES, M. *Op. cit.*

¹²⁵ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**.

¹²⁶ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. p. 111. *Apud* PORTES, M. *Op. cit.*

¹²⁷ PORTES, M. *Op. cit.*

¹²⁸ *Ibidem*.

Costuma-se dizer que, se um juiz do *common law* não obedecer a um precedente sem o cuidado de assinalar qual a técnica utilizada, com a devida argumentação necessária, certamente não retornaria jamais ao seu tribunal por vergonha de enfrentar os seus pares, posto que certamente seria taxado de três diferentes rótulos: na melhor das hipóteses, seria tido como insano, portador de alguma deficiência psíquica que atrapalhasse seu julgamento e afetasse suas faculdades mentais, ou, ainda, seria taxado de incompetente, ignorante, desprovido de inteligência, e, por fim, se nenhuma destas hipóteses pudesse ser aplicada, certamente seria taxado de corrupto.

A aplicação uniforme do Direito, prestigiada pelo *common law*, dá-se dentro de um sistema racional e lógico, não se podendo admitir que a estabilidade de tais decisões se deem com tamanho zelo e extremismo, vindo a significar a atuação do Direito divorciado dos anseios sociais e do efeito transformador do tempo. É imperioso que, quando da não aplicação de um precedente, ocorra a demonstração racional do porquê de sua inobservância, o que por si só já demonstra sua autoridade e respeito nessa tradição, em observação e reverência do passado, num sistema coerente e lógico.

Ademais, tratando-se de um sistema lógico, criado e gerido por homens, a falibilidade humana e a tendência do abuso do poder também não são elementos ignorados. Além das correções naturais do desvirtuamento das decisões em decorrência do tempo e da evolução natural da sociedade, a superação dos precedentes podem se dar, também, como forma de correção de erros ou inconsistências cometidas por julgadores que vieram a criar os precedentes, outrora obrigatórios.

Maira Portes anota:

Antes mesmo de ser uma ruptura, a revogação de precedentes ultrapassados ou errados representa a continuidade do *common law* e a sua congruência com a *statute law*, e uma de suas principais funções é o controle da discricionariedade do juiz, a qual, nas palavras de Cardozo, consiste em decidir o julgador dentro dos limites de sua competência. A discricionariedade implica na revogação eventual de alguns precedentes, não por ser facultado ao juiz, mas por ser imposto a ele que revogue o precedente que não mais serve ao direito, como forma de cumprir o papel de coesão interna e externa que o precedente ocupa no sistema jurídico. Trata-se, em última análise, de importante medida para os casos em que a corte observe o exercício impróprio desta discricionariedade, de maneira a

evitar discrepâncias que possam afetar a noção de coerência necessária para a manutenção do sistema¹²⁹.

Não obstante, para que a possibilidade de afastamento, ou até mesmo alteração e revogação, dos precedentes seja possível, sem comprometimento da ordem vigente e dos parâmetros de segurança existentes, é preciso criar-se técnicas bem estabelecidas acerca dessas possibilidades. Evitando-se que o argumento de necessária evolução do Direito sirva de subsídio a intérpretes descomprometidos com a ordem vigente. As inovações promovidas na ordem estabelecida não podem, jamais, ser fruto da vaidade de uma ou outra autoridade que exerça sua atividade jurisdicional de forma tão independente que comprometa o sistema legal como um todo.

Veja-se, adiante, em breves linhas, as principais técnicas de afastamento dos precedentes, sejam por sua não aplicação, ou mesmo por sua superação e revogação diante das necessidades da sociedade.

3.2.1 A não Aplicação do Precedente pela Técnica do *Distinguishing*

Conforme já discutido, uma das questões mais importantes da doutrina do *stare decisis* é também uma das mais controversas e reside na perfeita identificação da *ratio decidendi*.

A compreensão real de tal instituto não é importante apenas para a aplicação de forma adequada dos precedentes obrigatórios, mas sua compreensão estende-se, igualmente em importância, para ser possível o afastamento, ou não aplicação do precedente, sem que isso venha a comprometer a segurança e confiança do sistema.

Nas três principais teorias estudadas a respeito da *ratio decidendi* é possível perceber que os fatos apresentados no caso concreto em julgamento que virá a formar o precedente, possuem especial relevância¹³⁰.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Anote-se que mesmo na teoria de Wambaugh, tida como normativista, conferindo menor importância aos fatos com relação a regra de direito formada no precedente, é impossível negar que os fatos são elementos indispensáveis a formulação desta regra, ou como referido por Marcelo Alves Dias de Souza, constituem a ‘premissa menor’ que constrói a decisão.

A *ratio decidendi* foi desta forma definida pela conjugação dos fatos concretos à regra de julgamento, de forma que aqueles fatos, concretamente considerados como relevantes à obtenção daquela decisão, pudessem sofrer algum grau de abstração, possibilitando a sua aplicação futura a casos assemelhados (*treat like cases alike*)¹³¹.

Essa abstração ou generalização dos fatos, que visa a possibilitar a aplicação dos precedentes, não pode ser vista de forma absoluta.

A generalização dos fatos que serviram à construção da *ratio decidendi* deve ser realizada com racionalidade, e porque não dizer, responsabilidade.

Os fatos que originaram o precedente devem ser vistos de forma ampla, permitindo sua aplicação e utilidade ao sistema, mas de forma restrita, percebendo as distinções necessárias para que a isonomia seja efetivamente mantida. Isto implica dizer que a aplicação dos precedentes deve ser sensível para que casos iguais ou assemelhados efetivamente recebam o mesmo tratamento por parte do Poder Judiciário, contudo, dentro desta mesma perspectiva isonômica é preciso permitir que os casos diferentes recebam, na igual medida, tratamento diferenciado.

¹³¹ “Quanto mais geral ou abstrata é afirmação dos fatos, maior o número de casos subseqüentes que cairão dentro do princípio que está sendo formulado, e, portanto, mais ampla *ratio* será. Por exemplo, em *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562, a *House of Lords* considerou que uma produtora de cerveja de gengibre poderia ser responsável para com o consumidor final de cerveja de gengibre se a cerveja de gengibre foi contaminada durante o processo de engarrafamento/produção pela presença de um caracol morto, e um consumidor adoeceu ao beber a cerveja. Num extremo, isso poderia ser abordado num base bem limitada, na qual poderia ser argumentado que o caso é obrigatório só onde precisamente fatos similares voltem a aparecer. Nessa base, o caso limitado anterior não seria obrigatório para o caso posterior em que a bebida fosse limonada. Porém, é impossível ver por que, judicialmente, deveria haver alguma distinção entre a bebida de gengibre e a limonada, e, portanto, qualquer grau de sensibilidade aos assuntos do processo legal tomará evidente que seria desesperadamente irrealista procurar fiar-se em tal diferença. No mínimo, o princípio do caso deve ser capaz de ser aplicado a todos os itens de comida e bebida”. (No original: “*The inure general, or abstract, the statement of the facts is, the greater the number of subsequent cases which will fall within the principle which is being Pt-mutated, and there fore the Crider the ratio will be. For example, in Donoghue v. Stevenson (1932) AC 562, the House of Lords hell that a manufacture of ginger beer could be liable to the ultimate consumer of the ginger beer if the ginger beer became contaminated during the manufacturing/bottling process by the presence of dead snail, and the consumer became ill as a result of drinking the ginger beer. At one extreme, this cold be approached on a very specific basic, as a result of which in could be argued that the case is binding only where precisely similar facts recur. On this basic the earlier case would not be binding in a later case where the drink was lemonade, however, it is impossible to see why, as a matter of law, there should be any distinction between ginger beer will make in apparent that it would be hopelessly unrealistic to seek to rely on such a distinction. At the very least, the principle of the must be capable of applying to all itens of food and drink*”. McLEOD, Thomas Ian. **Legal Method**. 2. ed. Londen: Macmillanm 1996. p. 141. Apud SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 136-137.

Para responder a este anseio, próprio de um sistema pautado na estabilidade e na preservação de seus julgados, como verdadeiras fontes de Direito, é que surge a figura do *distinshing*, que vem em resposta à adequação desse sistema à realidade fática, preservando-o em essência.

A técnica do *distinguishing* repousa, conseqüentemente, na não aplicação ou no afastamento do precedente estabelecido, diante de um julgamento concreto, quando este não preencha a qualidade de caso assemelhado, justificando a aplicação.

A distinção entre casos (*distinguish*) pode ser promovida quer pela corte vinculante, quer pela corte vinculada, e corresponde a não-aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto aparentemente incluir-se no âmbito normativo de seu *holding* [*ratio decidendi* e *obiter dicta*], ao argumento de que a nova hipótese possui especificidades que demandam um tratamento diferenciado¹³².

Diferente do que possa parecer, a não aplicação de um precedente não representa uma quebra ou um desrespeito à teoria dos precedentes e do *stare decisis*, ao contrário, apresenta-se como uma técnica de aprimoramento dessas instituições, quando corretamente aplicada.

Em termos conceituais, o "*distinguishing* expressa a distinção entre casos para efeito de se subordinar, ou não, o caos sob julgamento a um precedente"¹³³.

O julgador, ao se deparar com um caso concreto, deve analisar prudentemente se a situação fática apresentada está inserida na *ratio decidendi* de algum precedente estabelecido, ou melhor, deve identificar o precedente aparentemente aplicável ao caso, identificar sua *ratio decidendi* e então confrontá-la com o caso concreto.

Se a resposta obtida através deste exercício hermenêutico apresentar uma solução adequada ao caso concreto, obviamente, o precedente é aplicado de forma impositiva. Contudo, a questão surge quando, desta análise, é alcançada conclusão diversa, ou seja, a *ratio decidendi* revela-se incompatível ao caso concreto, à medida

¹³² SILVA, L. C. *Op. cit.*

¹³³ "*Distinguishing is what judges do when they make a distinction between one case and another*". DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, p. 113. *Apud* MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. p. 326.

que as situações fáticas confrontadas exigem tratamento diverso, porque materialmente diferentes.

É nesta esfera que se dá a diferenciação dos casos na análise da necessária proteção adequada - e diversa - a casos diversos.

McLeod, citado por Marcelo Alves Dias de Souza, traz um exemplo apto a ilustrar essa aplicação:

Em **Bridges v. Hawkesworth** [1985] LI 21 QB 75, a um consumidor foi reconhecido o Direito de guardar o dinheiro que ele encontrou no chão de uma loja. Diferentemente, em **South Staffordshire Water Company v. Sharwood** [1896] 2 QB 44, a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro na lama do fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar em que os achou não estava aberto ao público¹³⁴.

O *distinguishing* permite que o Direito seja algo vivo e conectado à realidade atual da sociedade, todavia, a utilização de tal técnica não deve servir ao desvirtuamento do sistema, permitindo que cada caso seja tratado de forma diversa.

Ao contrário, a existência de tal técnica serve ao aprimoramento do sistema conferindo maior legitimidade e credibilidade. Como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

É interessante perceber que o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde sua origem. Portanto, realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito¹³⁵.

Note-se, ainda, que a utilização do *distinguishing* ou pelo menos sua possibilidade, é a real garantia de que a atividade jurisdicional não se tornou algo mecânico ou irracional.

¹³⁴ “In **Bridges v. Hawkesworth** (1985) Li 21 QB 75, a customer was held to be entitled to keep money which he had found on the floor of a shop. By way of contrast, in **South Staffordshire Water Company v. Sharwood** (1896) 2 QB 44, the finder of two gold rings in the bottom of a reservoir was held to be not entitled to retain them, because the site of the finding had not been open to the public”. MacLeod, Thomas Ian. *Op. cit.* p. 146. Apud SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 143.

¹³⁵ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. p. 332.

Antagonicamente, o dever e o poder conferido aos magistrados, de racionalmente apreciarem de forma pormenorizada e fundamentada cada caso que lhes são apresentados, é que torna possível o controle desta atividade pelas partes, salvaguardando o caráter democrático do processo e do sistema.

Observe-se que o *distinguishing* se dá no seio de um processo judicial, ou seja, sua formação se dá, não apenas diante de um caso concreto, mas através de uma relação dialética que o circunda. O *distinguishing* ocorre mediante a observância do devido processo legal, do contraditório e do controle dessa decisão.

Não obstante ser esta a técnica mais utilizada para o afastamento da aplicação de um precedente, seu uso não deve se dar de forma aleatória e irresponsável, apenas para acobertar divergência pessoais de um ou outro julgador.

Duxbury, agora citado por Luiz Guilherme Marinoni, considera esta situação, advertindo que:

O juiz que tenta “distinguir” casos com base em fatos materialmente irrelevantes está propenso a ser facilmente descoberto. Advogados e outros juizes que têm razões para controlar sua atividade provavelmente não terão dificuldade em evidenciar a sua atitude como de alguém descuidado ou desonesto, e, então, sua reputação será desgastada e a sua decisão questionada. O fato de os juizes terem o poder de ‘distinguir’ não significa que eles podem negar os precedentes quando lhes for conveniente¹³⁶.

Crackell, igualmente, pondera acerca da possibilidade má utilização da técnica:

The **American Realist School of Philosophy**, em seu extremo, argumenta, que o que é importante não é tanto o que um juiz diz, mas o que ele faz: isto é, ele tem uma grande liberdade para ignorar decisões anteriores, e seguir suas próprias opiniões - indiferentemente de como ele “veste” a decisão em seu julgamento. É verdade que, em alguns casos, os Juiz realmente dão uma credibilidade extensa demais à distinção. Em **Jones v. Secretary of State for Social Services** (1972) AC 944 (HL), Lord Reid afirmou: É notório que, quando a decisão existente é desaprovada, na não pode ser revogada, as cortes tendem a distingui-la em bases inadequadas. Eu não penso que eles ajam erradamente fazendo isso, eles estão adotando a menos

¹³⁶ “The judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless or dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them” DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 114. Apud MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. p. 327.

imperfeita das únicas alternativas abertas a eles. Mas isso está fadado a causar incerteza (...) ¹³⁷.

É nesta esteira que a força do precedente se renova no *distinguishing* na exata medida em que o julgador que o aplica, desaplicando o precedente, assume o ônus argumentativo de bem demonstrar suas razões, enfrentando a fundo o precedente afastado em confronto com o caso concreto, que ora lhe é apresentado, e, ainda, proferindo nova decisão, ou decisão inédita no sistema, o que igualmente exige robusta fundamentação fática e jurídica, posto que sujeita a rigoroso controle e apta a gerar um novo precedente.

A responsabilidade e a prudência necessárias à utilização dessa técnica que permite a flexibilidade da doutrina do *stare decisis* se faz pela evidente razão que o uso indiscriminado do instituto poderia levar à ruína a própria doutrina dos precedentes obrigatórios, porquanto, paulatinamente, estaria a minar seus pilares fundamentais de estabilidade e confiança.

Luiz Guilherme Marinoni adverte que “o precedente perde naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Quer dizer que a distinção por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade” ¹³⁸.

O *distinguishing* é uma técnica sinalizada por uma linha bastante tênue, porém, impondo uma abissal diferença quanto a sua valoração: se bem utilizada pode constituir-se em uma pedra fundante da estrutura dos precedentes, sendo indispensável na sua conservação, enquanto sistema harmônico capaz de responder às querelas da sociedade e do Direito, contudo, se ultrapassada a linha acima traçada, pode se tornar uma arma fatal, aniquilando por completo a segurança e as estruturas desse sistema.

¹³⁷ “The American Realist School of Philosophy, at its extreme, argues that what is important is not so much what a judge says but what he does: that is, he has a great liberty to ignore previous decisions and follow his own views – regardless of how he ‘dresses up’ his decision in his judgment. It is trite that in some cases judges do stretch credibility a little far in distinguishing. In **Jones v. Secretary of State for Social Services** (1972) AC 944 (HL), Lord Reid stated: It is notorious that where an existing decision is disapproved but cannot be overruled courts tend to distinguish it on inadequate grounds. I do not think that they act wrongly in so doing, they are adopting the less bad of the only alternatives open to them. But this is bound to lead uncertainty [...]”. CRACKELL, D. G. **English legal system textbook**. 15. ed. London: HLT Publication, 1995. p. 100. SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 144.

¹³⁸ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. p. 328.

Marcelo Alves Dias de Souza arremata o tema:

O poder de distinguir é importante - não se nega - como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobretudo por assim ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia. Sem falar que o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é o desejado¹³⁹.

O *distinguishing* não pode ser instrumento para a revogação, mesmo que camuflada de um precedente. Ao contrário, esta técnica, como visto, mantém hígido o precedente confrontado, apesar de não aplicá-lo, podendo construir um novo precedente, que não se conforma substancialmente com o precedente afastado, porém não o nega.

Não se pode ignorar que, em alguns casos, a técnica da distinção não é suficiente à manutenção do sistema uma vez que está apta a resolver questões de erro de julgamento.

É preciso existir mecanismos próprios e aptos para promover a verdadeira revogação de um precedente equivocado ou inadequado à solução dos casos atuais. Estes são os instrumentos que passam a ser estudados.

3.2.2 A Revogação do Precedente pela Técnica do *Overruling*¹⁴⁰

A elaboração de técnicas de raciocínio para revogação de precedentes, nos países de *common law*, passa pela compreensão de que este sistema está pautado pela coerência do ordenamento. Esta coerência não se dá apenas pela harmonia entre as normas editadas pelo Poder Legislativo e, eventualmente, pelo Poder Executivo, e entre estas e a Constituição - como ocorre nos países adeptos do

¹³⁹ SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p.145.

¹⁴⁰ “Os instrumentos de revogação de precedentes são tratados sob duas denominações gerais, preponderantes na doutrina: *overturning* e *overruling*. Melvin Eisenberg conceitua *overturning* como a denominação comum de todas as formas de raciocínio jurídico que venham a acarretar na revogação total ou parcial de um precedente, sendo o *overruling* a revogação total, a forma mais extrema. Outros autores, no entanto, utilizam a palavra *overruling* para designar a forma geral de revogação de precedentes, apenas diferenciando os graus de revogação, de parcial a total, e as outras técnicas de revogação que são aplicadas de maneira diversa”. (PORTES, M. *Op. cit.*). Neste aspecto adotares o *overruling* como forma específica de revogação total de precedentes, as demais técnicas de alteração de precedentes serão tratadas em tópico específico adiante.

sistema de *civil law* – mas depende, em grande parte, do que é decidido nos tribunais e da “coerência entre as decisões do passado e as decisões venham a ser proferidas, assim como entre o que é decidido pela Corte Suprema e o que é decidido pelas Cortes a ela subordinadas”¹⁴¹.

Não obstante, a coerência do sistema também está pautada nos anseios da sociedade, fazendo com que as decisões possam ser alteradas quando aquelas fórmulas (*ratio decidendi*) - que por muito tempo norteado o sistema -, não ofereçam mais solução aos problemas apresentados pelos casos concretos atuais, com as mesmas características de justiça e certeza de outrora.

Por isso, é tão importante o estabelecimento de regras e princípios que venham a gerir essa alteração de entendimentos, permitindo que o sistema continue apto a responder às questões postas pela sociedade, sem comprometimento ou conflito com o sistema vigente pautado na doutrina do *stare decisis*.

Disso advém a aparente divergência do *overruling* com as demais formas de raciocínio jurídico, que é apenas ilusória. A revogação passa a fazer parte da própria história do precedente e significa, tão somente, uma suave mudança no seu percurso.

Como as demais formas de raciocínio jurídico, a revogação é governada por uma série de princípios, sendo que dois em especial determinam suas condições de desenvolvimento, como apontado pelo jurista estado-unidense Melvin Aron Eisenberg¹⁴². São eles: i) princípio da congruência social e consistência sistêmica: pelo qual um entendimento deve ser revogado se falhou em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica¹⁴³; ii) princípio da estabilidade

¹⁴¹ DUXBURY. Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008. p. 113. *Apud* PORTES, M. *Op. cit.*

¹⁴² Cf. EISENBERG. M. A. *Op. cit.*

¹⁴³ Importante anotar que Melvin Aron Eisenberg trata como modalidade autônoma de revogação (*overturning*) de precedentes a técnica da elaboração de distinções inconsistentes (*The Drawing of Inconsistent Distinctions*) pela qual um juízo poderia deixar de aplicar a regra de um precedente quando as proposições sociais que fundamentam a regra são inconsistentes com a regra vigente, sem, contudo, revogá-la. Por esta técnica não haveria um revogação total do precedente (*overruling*), mas apenas uma superação parcial deste entendimento. Esta prática se justificaria, em contrapartida ao *overruling*, quando a revogação parcial do precedente se der num juízo provisório sobre congruência social do entendimento subjacente, ou quanto ao nível de generalidade, ou ainda, como forma de demonstrar a preocupação com a confiança justificada, servindo de certa forma como elemento preparatório ou mesmo legitimador do *overruling*. (*Idem.*, p. 136-140). A técnica da *drawing of inconsistent distinctions* será analisada mais adiante neste trabalho em tópico específico.

jurisprudencial, pelo qual o entendimento deve se revogado também quando os valores que conferem estabilidade ao entendimento jurisprudencial e ao princípio do *stare decisis* – isonomia (*evenhandedness*), proteção da confiança justificada, prevenção da surpresa injusta, reprodutividade e fundamentação – não serviriam melhor à preservação desse entendimento do que à sua revogação¹⁴⁴.

Conforme ressalta Melvin Aron Eisenberg, para que uma regra jurídica seja considerada sólida e estável é necessário que suas proposições sejam aplicáveis socialmente, se esse entendimento, consubstanciado em um precedente obrigatório, falhara por não possuir congruência social e consistência sistêmica, perdeu obviamente esta qualidade de obrigatoriedade.

A congruência do sistema jurídico requer a persecução do ideal de isonomia (*evenhandedness*), o que se alcança pela garantia de consistência dos resultados (entre casos iguais), ou pela aplicação coerente dos princípios que determinam a forma do julgamento dos casos.

Perceba-se que a aplicação de precedentes não correspondentes mais aos anseios da sociedade são, em verdade, uma ilusão de que a isonomia está sendo respeitada. O suposto tratamento igualitário das partes envolvidas no caso precedente e no caso presente, não leva em consideração que, muitas vezes, as mudanças no contexto social transformam também o papel das pessoas envolvidas no processo. Conceder o mesmo tratamento dado às partes nos casos anteriores (pautados no precedente) ao caso presente, portanto, não representa, necessariamente, conceder tratamento isonômico.

A preservação desse tipo de entendimento (de manutenção de precedentes descomprometidos com as alterações sociais) pode ocasionar, justamente, o repudiado tratamento diferenciado. As pessoas, às quais o precedente se aplicava, não estão em iguais condições àquelas que se agora demandam a aplicação de um Direito atual. Conferir tratamento igualitário é conferir a todos o tratamento adequado às suas realidades.

¹⁴⁴ “*The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis—the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling, Call this the basic overruling principle*”. Idem., p. 105.

Melvin Aron Eisenberg apresenta como caso concreto, ilustrando sua teoria, a tese de excludente de responsabilidade civil das instituições de caridade por danos causados aos seus beneficiários. Narra o jurista que, embora seja a regra do sistema que um diretor é responsável por seus próprios erros e indiretamente responsável pelos erros de seus empregados, nos Estados Unidos, até a década de 40, existia uma exceção bem delimitada quanto a essa regra. Naquela época as instituições beneficentes não tinham o dever de indenizar seus beneficiários por falhas na prestação de serviço – pautada na presunção de que os usuários de seus serviços, de certa forma, assumiam os riscos pelos serviços recebidos.

Esta interpretação vinha do raciocínio de a imunidade das instituições de caridade, quanto aos danos causados, decorrer de quatro principais razões: i) a concessão de indenização, fora dos fundos da fundação, violaria seus propósitos; ii) a responsabilidade indireta somente guardaria pertinência diante das instituições com fins lucrativos; iii) caberia aos beneficiários dos serviços prestados por entidades beneficentes a assunção dos riscos; iv) a imputação de responsabilidade as entidades beneficentes desencorajaria as contribuições por estas prestadas e prejudicaria os consumidores de seus serviços e o público geral dos beneficiários da caridade.

Este posicionamento fora firmado em uma época em que as instituições de caridade eram pequenas e simples, e exerciam a função de preencher os espaços relativos ao bem-estar da sociedade não atendidos pelo governo, sendo a sua manutenção essencial para a comunidade em que atuavam – como era o caso do único hospital que atendia uma pequena comunidade.

Entendia-se que os danos sofridos por alguns particulares deveriam ser ignorados em benefício da manutenção do atendimento à comunidade em geral.

Na metade do século XX, a diferenciação entre os beneficiários de serviços prestados por entidades beneficentes, quanto à assunção implícita dos riscos, foi paulatinamente sendo derrubada por uma nova concepção de responsabilidade. As políticas públicas foram alteradas com relação às instituições de caridade e na concepção moral desse tipo de serviço. Ao contrário da realidade conformadas por aquelas decisões tomadas no passado, agora estas associações formatavam-se em grandes corporações burocráticas e amplamente financiadas, inclusive, por setores da sociedade privada. Era plenamente aceitável que os custos relativos às

indenizações passassem a integrar a relação de despesas normais dessas instituições¹⁴⁵.

A modificação da realidade concreta demonstrou que o precedente firmado anteriormente, não se adequava mais às necessidades da sociedade e por isso, passou a sofrer modificações. Tantas foram as exceções ao precedente que conferia imunidade às sociedades beneficentes, que este deixou de ser a regra. As exceções, ao invés de pontuais, passam a ser gerais, assim, justificando a superação completa do precedente. A própria situação original que deu forma ao precedente não existia mais, e as distinções passam a formar o próprio precedente superado.

O princípio, aplicado no exemplo acima, foi integrado pelos valores de igualdade, proteção justificada da confiança, prevenção da surpresa injusta, reprodutividade e sustentabilidade. No exemplo acima, as inconsistências foram sendo apontadas nos casos concretos, novos precedentes foram surgindo, contendo o entendimento adequado às realidades atuais, fulminando, pouco a pouco, a confiança depositada no precedente originário.

Não basta que haja inconsistências sociais e sistêmicas de determinado precedente, o entendimento consolidado pela doutrina do *stare decisis* só deve ser revogado quando ponderados os valores acima enunciados e, a partir deles, concluir-se que, da análise daqueles fatores, a revogação de um precedente será de fato útil aos anseios gerais da sociedade.

A revogação de um precedente desvinculada dos valores sociais enunciado, ao invés de configurar a manutenção e a evolução do sistema jurídico, poderia gerar a sua decadência e o seu descrédito.

Os princípios da proteção à confiança e da vedação à surpresa na manutenção ou revogação de um precedente são derivados, pois, da própria estabilidade da jurisprudência. Uma jurisprudência estável não é aquela imutável, mas aquela na qual se pode confiar, apesar de suas modificações.

Melvin Aron Eisenberg afirma que o precedente desempenha papel ainda mais importante na sociedade do que o papel decorrente da permanência dos

¹⁴⁵ Idem., p. 106-110.

entendimentos consolidados e sua confrontação com a realidade social e sistêmica: o de proteger a confiança do jurisdicionado e do cidadão de forma geral¹⁴⁶. Ao se pretender revogar um precedente diante de suas incongruências ou inconsistências, deve-se atentar para a confiança nele depositada, de forma a não frustrar as justas expectativas geradas pela manutenção, até então, do precedente estabelecido.

A confiança que merece proteção do Estado é aquela apoiada nos precedentes que permanecem sendo reproduzidos pelo Poder Judiciário, servindo de sustentação a julgamentos presentes, sem que haja consideráveis exceções a sua aplicação capazes de fulminar sua força.

A existência de incongruências ou inconsistências, como no exemplo acima, vinham sendo aos poucos apontadas pelas exceções realizadas nos casos concretos, demonstrando que o precedente, apesar de ainda vigente, não merecia mais confiança.

Não havendo mais confiança justa no precedente permite-se a sua revogação em favor da sociedade. Como explica Melvin Aron Eisenberg:

Ao determinar se a preservação de uma regra jurídica, a confiança deste tipo é importante apenas se for justificada, relativamente confiante, e juridicamente bem fundamentada. A confiança que é injustificada, fraca, ou sem fundamentação legal não constitui argumento de peso para a preservação de uma regra incongruente e inconsistente. No caso de um entendimento controverso, o requisito da confiança é muito improvável¹⁴⁷.

Neste raciocínio a confiança que merece proteção é aquela capaz de gerar comportamentos jurídicos condizentes com a norma e suas consequências. Advirta-se, pois, que se o entendimento revogado não dizia respeito a regras de conduta primária, ou seja, àquela conduta efetivamente seguida ou confiada pelo cidadão, mas apenas a certos elementos secundários, não haverá que se falar em

¹⁴⁶ Importante anotar que Melvin Aron Eisenberg identifica duas espécies de confiança: a denominada confiança especial, que consiste na confiança do próprio litigante antes de adentrar em juízo, acerca das condutas que planejou com base nos precedentes e a confiança geral desempenhada pelos membros da sociedade que também planejaram suas condutas com base nas normas legais estabelecidas pelos precedentes, sendo esta última a ser considerada pelos tribunais.

¹⁴⁷ “One type of general reliance consists of the likelihood that a significant number of actors who are not before the court will have planned their conduct on the basis of a legal doctrine. In determining whether to preserve a legal rule, reliance of this type is important only if it is justified, relatively confident, and legally wellfounded. Reliance that is unjustified, shaky, or legally unfounded does not provide a weighty reason for preserving an incongruent and inconsistent rule. In the case of a jagged doctrine, the requisite kind of reliance is very unlikely”. Idem., p. 110.

modificação substancial do posicionamento do julgador quanto à determinada questão, e não representará, portanto, quebra da confiança, uma vez que, neste espectro, não há que se falar em confiança acerca da conduta a ser seguida em conformidade em este ou aquele precedente. Nestes casos, portanto, o precedente pode ser revogado apenas por ser socialmente incongruente e sistemicamente inconsistente.

O mesmo que se disse sobre o princípio da confiança pode ser aplicado, também, ao princípio da prevenção da surpresa injusta, com a ressalva de que não pode ser invocado quando for possível identificar que a tese exposta no entendimento revogado carecia de sustentação moral e social.

A revogação de um precedente que já vem sendo excetuado por diversas formas, como no exemplo mencionado por Melvin Aron Eisenberg e reproduzido acima, não pode ser encarado como uma surpresa propriamente dita, porque já vinha sofrendo críticas devido a suas exceções inconsistentes por parte da comunidade jurídica. Se há surpresa com a revogação desta espécie de precedente, esta não pode ser considerada injusta, pois já seria possível saber que as condutas lá descritas não eram compatíveis com as normas morais e políticas socialmente aceitas, ou seja, não deveriam ser tidas como regra de condutas seguras pelos membros daquela sociedade.

Como no exemplo mencionado da exclusão da responsabilidade civil das instituições de caridade, uma seguradora não poderia sustentar-se no entendimento da excludente de responsabilidade para justificar o não cumprimento de seus contratos, uma vez que o cálculo do valor do prêmio deveria também levar em consideração as mudanças das normas, e o fato de que “todos os entendimentos do *common law* estão sujeitos à revogação”¹⁴⁸. Neste caso, a alegação da surpresa injusta esbarra no fato de que a revogação do precedente da imunidade das instituições de caridade não representou violação de regra primária de conduta, uma vez que era o entendimento que estava socialmente incongruente.

Com relação aos princípios da reprodutividade e do suporte ou fundamentação, estes também podem e devem ser atendidos por meio da

¹⁴⁸ “*Liability insurers know that all Common law doctrines are subject to being overturned*”. Idem., p. 114.

revogação e não apenas da manutenção de um precedente, especialmente quando este se mostra controverso. Perceba-se que para revogação de um entendimento tido como controverso, a polêmica a respeito do tema já deve estar instaurada em diversas outras situações anteriores, ou seja, outras situações prévias a sua revogação conduziram-no ao status de controverso, havendo, portanto, repetitividade a ser observada. De igual forma, a fundamentação encontra guarida nas exceções a este entendimento, dando-lhe o suporte exigido.

Para Melvin Aron Eisenberg, a superação de um precedente requer a interação de fatores como congruência social, consistência sistêmica e estabilidade jurisprudencial, e é tão importante para a preservação do princípio do *stare decisis* quanto a manutenção das decisões, não sendo, jamais, noções opostas¹⁴⁹.

Na Inglaterra, a regra geral no *stare decisis* é a de que o poder de revogação pertence somente à Corte Superior para a prolatora do precedente, ou pela própria Suprema Corte quanto aos seus entendimentos, como forma de manutenção da hierarquia entre os tribunais, e da coerência no desenvolvimento do Direito, de forma que as inovações doutrinárias sejam aplicadas, inicialmente, pelas Cortes Superiores, para que gradualmente sejam adotadas pelas Cortes inferiores.

Assim, os requisitos para a autorevogação são:

- i) a Corte deve estar convencida de que o novo posicionamento acerca da questão tratada pelo precedente significará uma evolução no direito; ii) não será revogada decisão quando, muito embora o contexto atual aponte para uma solução mais adequada, o contexto da decisão não permitia tal solução (o erro de julgamento deve recair sobre algum princípio fundamental, evitando-se, assim, a revogação em decorrência de, por exemplo, modificação no quórum de julgamento); iii) a revogação não pode recair sobre precedente amplamente utilizado pelos cidadãos para orientar suas condutas sem que haja forte razão para isso, a fim de preservar-se a confiança dos jurisdicionados; iv) deve-se observar se o precedente não serviu de base para a promulgação de lei, constituindo presunção de validade do direito declarado; v) a revogação não deve recair sobre alguma questão que não tenha interesse prático, mas tão somente acadêmico¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cf. Idem., p. 126.

¹⁵⁰ CROSS, Rupert. *Precedent in English law*. Clarendon Press, Oxford, 1991. p. 140-142. *Apud* PORTES, M. *Op. cit*

Resta evidente que, mesmo os princípios sendo tratados de forma mais detalhada, abrindo seu leque de abrangência, em essência não se afastam dos princípios informadores de revogação no Direito estadunidense.

Contudo, uma distinção é necessária. Como já visto, apesar do *common law* ter como fonte primária a jurisprudência, não se pode ignorar que haja, também, produção legislativa como fonte do Direito. É exatamente nisso que reside a diferenciação entre as doutrinas acima apresentadas, tendo em vista que Cross expressamente inclui, nos princípios básicos para a revogação de precedentes, a necessidade de observação se estes precedentes geraram produção de outras normas, igualmente fonte do Direito.

Melvin Aron Eisenberg expressamente se contrapõe a esta ideia, inclusive, recomendando a revogação dos precedentes que se encontrem nesta posição, se observados os princípios por ele enumerados (contendo incongruência social e inconsistência semântica e não firam substancialmente o princípio da estabilidade jurisprudencial). Note-se que, para Eisenberg, se um ato normativo está sustentado em um precedente controvertido, que venha posteriormente a ser revogado, este ato não é mais passível de confiança e, por consequência, não impede a revogação do precedente¹⁵¹.

À margem da distinção acima, importante notar a convergência de ambas as doutrinas no sentido de que a revogação dos precedentes no *common law* exige, além da avaliação da correção e adequação do dito precedente a ser revogado, um verdadeiro juízo de conveniência e utilidade quanto a tal revogação.

¹⁵¹ “Um segundo tipo de confiança geral consiste na possibilidade de que um número significativo de pessoas que, na verdade, não planejam suas condutas com base em um entendimento, contudo, as planejam com base em outras regras legais ou acordos institucionais que refletem o entendimento. No caso de um entendimento controverso, isso é igualmente improvável. Um entendimento que falha substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica, e é externa e internamente inconsistente, provavelmente não serve como fundamento confiável para outras normas jurídicas ou acordos institucionais.” (No original: “A second type of general reliance consists of the likelihood that a significant number of actors who did not actually plan their conduct on the basis of a doctrine nevertheless planned on the basis of other legal rules or institutional arrangements that reject the doctrine. In the case of a jagged doctrine, this is also unlikely. A doctrine that substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and that is externally and internally inconsistent, is unlikely to serve as a reliable foundation for other legal rules or institutional arrangements”. EISENBERG. M. A. *Op. cit.* p. 112.)

Reynolds traça este panorama:

O primeiro passo, é claro, requer que o juiz determine que a regra anterior foi um erro, ou que a sociedade mudou desde que foi anunciada, ou que a nova regra simplesmente funciona melhor. (...). O fato de chegar-se à conclusão de que o estabelecimento de uma nova regra serve melhor à sociedade, embora seja isso necessário para a decisão de revogar um precedente, não é suficiente por si só: a questão complexa de se revogar um precedente enseja considerações acerca de outros interesses sociais e acerca da suficiência desses interesses para ensejar adesão a uma decisão “errada”.

O principal fator a ser considerado na determinação de se revogar o precedente é o valor de um regime de *stare decisis*, como foi discutido anteriormente (§ 4.11). Toda revogação requer que um preço seja pago: perda de estabilidade e confiança, dano à eficiência do sistema, redução na possibilidade de previsão. Uma corte deve analisar estes fatores para que possa traçar um equilíbrio entre perdas e ganhos a serem obtidos com a revogação. Embora alguns dos fatores a serem considerados sejam apenas relativamente determináveis em seus efeitos, a análise cuidadosa pode ajudar a resolver alguns dos problemas¹⁵².

Em verdade, depreende-se de todo o exposto que a visão desempenhada pelo sistema de tradição do *common law* é não apenas o direito ser emanado pelo Poder do Povo (fruto da democracia), mas, principalmente, deve servir ao povo de forma que os precedentes na doutrina do *stare decisis* existem para conferir ao povo estabilidade e segurança. Sua manutenção só se justifica para servir esses preceitos. Em outras palavras, a revogação de um precedente só é possível quando evita um mal maior que a sua manutenção, e não para servir a qualquer critério de vaidade ou insubordinação de um julgador.

Perceba-se, contudo, que a superação de um precedente não significa, jamais, a ingerência na coisa julgada formada *interna corporis* no processo formador daquele precedente. Isto implica dizer que mesmo sendo verificado que determinado

¹⁵² “The first step, of course, requires the judge to determine that the old rule was a mistake, or that society has changed since it was announced, or that the new rule simply works better. Here the judge uses the techniques discussed in Part C of this Chapter. Although deciding that establishing a new rule would better serve society is necessary to the decision to overrule, it is not in itself sufficient; the larger question of whether to overrule requires consideration of other societal interests, and whether those interests are sufficient to require adherence to a ‘wrong’ decision.

The major factor to be considered in determining whether to overrule precedent is the value of a regime of **stare decisis** as discussed earlier (§ 4.11). Every overruling requires that a price be paid: loss of stability and confidence, damage to the efficiency of the system, reduction in predictability. A court must analyze these factors so that it can cast a balance on the profit or loss to be gained from overruling. Although some of the factors to be considered are relatively determinate in their effect, careful analysis can help resolve some of the problems”. REYNOLDS, William L. **Judicial process in a nutshell**. 2. Ed. St. Paul: West Publishing Co., 1991. p. 169. SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 150-151.

precedente se encontra juridicamente equivocado, sendo esta a razão de sua revogação, o caso que foi julgado com base naquele precedente, ou ainda, o caso que gerou aquele precedente tido como equivocado não pode ser atingido por esta nova decisão. As coisas julgadas formadas anteriormente jamais serão atingidas pela revogação de um precedente, até porque a revogação de um precedente deve ser entendida como o rompimento daquela força obrigatória que decorria da *ratio decidendi* de determinado julgado, nunca como a revogação do próprio julgado.

De igual forma, a revogação de um precedente não pode ser confundida com a revisão de um julgado dentro de um mesmo processo. O *reversal* é instrumento de reforma endoprocessual de uma decisão, implicando o reconhecimento que a decisão proferida pelo juízo *a quo* deixa de ter validade perante as partes daquele processo, seja em razão de reforma por erro de fato ou de direito, não se submetendo, obviamente, aos critérios de revogação dos precedentes¹⁵³.

3.2.3 Outras Técnicas de Alteração de Precedentes

Além do *distinguishing* e do *overruling* já examinados, existem no sistema do *common law* outras técnicas capazes de afastar a aplicação de um precedente, porém sem revogá-lo completamente e sem adequadamente distingui-los materialmente.

¹⁵³ “É importante aqui ressaltar uma outra distinção na terminologia jurídica: entre 'revogação' e reforma'. (...) As duas noções são distintas e carregam conseqüências diferentes. Elas não são permutáveis. A mais alta corte do sistema judicial 'revoga' seu próprio precedente. A decisão prévia continua a obrigar as partes da decisão, a decisão revogada não é mais um precedente para as controvérsias subseqüentes. Ao contrário, uma corte superior chegou à conclusão de houve um resultado errôneo (quanto aos fatos ou quanto ao Direito) naquele caso. Como resultado, o julgamento da corte inferior é posto de lado e não tear mais efeitos ela relação às partes daquela controvérsia. (No original: “*It is important here to underscore one other distinction in legal terminology: between 'overruling' and 'reversal'.* (...). *The two notions are distinct, and carry different consequences. They are not interchangeable. The highest court of the jurisdiction 'overrules' its own precedent. The prior decision continues to bind the parties to it, but the overruled decision is no longer authoritative as to subsequent controversies. By contrast, a high courts 'reverses' the decision of a lower court when a higher court has reached an erroneous result (on the facts or on the law) in that case. As a result, the lower court's judgment is sit aside and is no longer effective as to the parties to that controversy*”) GINSBURG, Jane. **Legal methods**. Westbury: The Fudation Press, 1996. p. 05. SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 153.

São estas técnicas, portanto, ditas como intermediárias entre o *distinguishing* e o *overruling*.

3.2.3.1 A técnica da sinalização - *technique of signaling*

A técnica da sinalização não representa o afastamento de um precedente, propriamente dito, pois ao final na *technique of signaling* o precedente estabelecido será efetivamente aplicado em todos os seus termos. “A sinalização é uma técnica pela qual um tribunal segue um precedente, mas noticia à comunidade jurídica que aquele precedente não é mais confiável”¹⁵⁴.

Esta aplicação não se dá da forma tradicional, com a análise da *ratio decidendi* e sua aproximação ao caso *sub judice*, com sua aplicação como base à fundamentação do juízo de que este entendimento deve ser tido como o mais correto e adequando à solução da lide.

Ao contrário, quando da análise da *ratio decidendi* o julgador se apercebe que ela não pode mais persistir diante da realidade concreta, uma vez que a aplicação do precedente apresenta-se como uma regra socialmente inconsistente e sistematicamente incongruente. Em outras palavras, apesar de os fatos postos a julgamento serem idênticos aos fatos contidos na *ratio decidendi*, a solução por ela emanada não é mais capaz de imprimir justiça ao caso sob julgamento.

O julgador, então, expõe fundamentalmente sua conclusão, apontando as razões que levam o precedente à incongruência social e à inconsistência sistêmica, porém, julga conforme o precedente.

A aparente contradição encontrada na decisão que se utiliza da técnica da sinalização encerra-se na apreciação do princípio da estabilidade jurisprudencial, cujos estandartes são a preservação da confiança justificada e a prevenção de surpresas injustas.

Convém recordar que o precedente na doutrina do *stare decisis* constitui fonte primária de Direito, capaz de bem orientar os cidadãos a respeito das normas a serem observadas. Isto implica dizer que um cidadão que planejou suas condutas

¹⁵⁴ “*Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable*”. EISENBERG. M. A. *Op. cit.* p. 112.)

em um precedente estável, pautou-se na boa-fé e na confiança emanadas pelos atos do Estado, certo de que de desta forma estaria agindo corretamente, não merecendo qualquer repreensão por parte deste mesmo Estado.

Um dos princípios básicos para que haja revogação de um precedente, como apresentado, é que a revogação não constitua um elemento surpresa capaz de comprometer a confiança depositada pelo cidadão, no ato estatal e, por conseguinte, no próprio sistema. Assim, “determinado entendimento deve ser revogado se, mas somente se, as vantagens de tornar a regra socialmente congruente e sistemicamente consistente forem maiores do que os custos de não atender aos valores que fundamentam a estabilidade jurisprudencial e o *stare decisis*”¹⁵⁵.

Se não há qualquer indício de quebra da confiança em um precedente, vale dizer se até o momento o Poder Judiciário o vem aplicando irrestritamente e a respeitada doutrina não indica maciçamente críticas a sua aplicação, os anseios da sociedade quanto à segurança, à confiança e à previsibilidade só serão mantidos, se mantido o próprio precedente – ainda que agora identificado como equivocado ou inadequado.

O julgador aplica o precedente em sua integralidade, porém anuncia a quebra de sua confiabilidade. Sua aplicação não se dá pela correção e adequação de *ratio decidendi*, ao contrário, sua falha é expressamente apontada. Entretanto, a aplicação da regra, embora apontada como inadequada à perfeita solução do caso, ainda atende melhor à sociedade que sua revogação. Assim, “mantém-se o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade dada aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide de que a sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época”¹⁵⁶.

Por esta técnica, caso a realidade concreta não tenha sido afetada, haja vista a aplicação do precedente, a importância dela é evidente, à medida que serve propriamente para “sinalizar” à comunidade jurídica que aquele precedente não é

¹⁵⁵ “Such a doctrine should be overruled if, but only if, the advantages of making the legal rule socially congruent and systemically consistent outweigh the costs of not serving the values that underlie doctrinal stability and stare decisis”. Idem., p. 122.

¹⁵⁶ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. p. 335.

mais estável e digno de confiança justificável, ou seja, é um alarme que soa da comunidade, avisando e alertando que o precedente está em vias de ser revogado, retirando-lhe a confiança necessária para sua manutenção e aplicação futura. Em outras palavras: “Com o uso desta técnica, uma Corte prepara o caminho para revogar um entendimento que entende dever permanecer em razão da confiança justificada”¹⁵⁷.

3.2.3.2 A modificação de um precedente – técnica da *transformation*

A *transformation*, como o próprio nome sugere, implica uma transformação do conteúdo de um precedente. Esta modificação ou transformação alude a não aplicação de um precedente ao caso em julgamento, em que pese a similaridade apontar *a priori* para sua aplicação.

Note-se que havendo similaridade e, portanto, aparente adequação da *ratio decidendi* não há que se falar em *distinguishing*.

Ao contrário do *distinguishing*, a técnica da modificação repousa justamente na não aplicação de um precedente por questões, em tese, alheias ao precedente analisado, ou melhor, alheias ao seu núcleo vinculante (*ratio decidendi*).

A *transformation* pode se dar pela consideração de fatos e circunstâncias que não teriam sido consideradas como relevantes pelo julgador do precedente formado. Pode, ainda, considerar razões diversas para a formação da decisão do que aquelas obtidas no precedente.

Transformation e *overruling* se aproximam pelo afastamento e não aplicação de um precedente, em tese aplicável, contextualmente, mas divergem didaticamente por quatro razões, vejamos:

a uma, na *transformation* a Corte não se esmera em identificar e apontar qualquer erro no julgamento ou inadequação do precedente, apenas apresenta-se uma fórmula diversa para o julgamento de questões assimiladas face a uma nova perspectiva de julgamento; enquanto no *overruling* o erro ou a inadequação do

¹⁵⁷ “*Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable. By the use of this technique, a court paves the way for overruling a doctrine it believes would otherwise have to be preserved because of justified reliance*”. EISENBERG. M. A. *Op. cit.* p. 122.

precedente deve ser motivadamente apontados e, ainda, demonstrada a conveniência de sua revogação;

a duas, por não haver erro no julgamento precedente, tal entendimento não é alterado frente ao sistema, passando a coexistir com a decisão transformada; já com o *overruling*, o precedente revogado é extirpado do ordenamento, perdendo validade e aplicabilidade;

a três, como não há revogação do precedente transformado, a utilização da técnica da *transformation* não tem o condão de provocar grandes rupturas no sistema, sendo muitas vezes realizada de forma implícita e quase despercebida aos olhos dos demais julgadores, ao contrário do que ocorre com a revogação, que deve sempre ocorrer de forma clara e explícita, anunciando claramente a mudança no ordenamento;

a quatro, dada a discricção inerente à utilização da *transformation*, sua aplicação é capaz de gerar alguma confusão na aplicação futura da regra, como preleciona Luiz Guilherme Marinoni:

Parece que a grande desvantagem da *transformation* está na circunstância de que as Cortes inferiores muitas vezes têm dificuldade para compreender o seu exato conteúdo, não sendo raras as hipóteses em que os tribunais vinculados continuam aplicando o precedente transformado, ou melhor, o entendimento antes estabelecido, como se nada houvesse acontecido. Foi o que ocorreu, por exemplo, após *MacPerson v. Buick Motor Co.*, já que muitos *trial-court judges* do Estado de Nova York prosseguiram aplicando a tese da responsabilidade civil do fabricante, deixada de lado no julgamento de tal caso, por não terem compreendido o que realmente Cardozo fez ao decidi-lo.

No *overruling*, a criação de uma nova regra é anunciada, bem como a revogação da regra anterior é claramente assinalada e justificada, criando um campo um tanto mais plano e seguro para compreensão e atuação dos demais julgadores.

A questão que se põe, portanto, é qual a real função da *transformation* ou quando sua aplicação se faria valiosa aos princípios e valores que regem o sistema de precedentes obrigatórios, a par de parecer uma forma dissimulada de revogação de um precedente?

Luiz Guilherme Marinoni destaca tal preocupação:

O resultado obtido na decisão que fez o *overruling* não é compatível com o resultado do precedente revogado. Na *transformation*, porém, tenta-se muitas vezes compatibilizar o resultado do precedente transformando com o resultado alcançado no caso sob julgamento. Isso poderia ser visto como distinção substancial entre o *overruling* e a *transformation*. Acontece que esta compatibilidade é frequentemente artificial. A compatibilidade entre os resultados obtidos no caso transformado e no caso em que se fez a *transformation* é obtida somente quando se realiza a individualização de pontos do precedente que a antiga Corte não considerou fundamentais ou materiais. Adverte Eisenberg que, no célebre caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, Cardozo apontou para a aparente consistência entre a decisão que tornou e as decisões proferidas em casos precedentes - que se negaram a admitir a responsabilidade do fabricante - mas não viu estes casos da maneira como as Cortes que os julgaram e conceberam. Em outros termos: Cardozo, ao apontar para a consistência entre as decisões, teria enxergado o caso anterior de forma distinta a Corte que o julgou e que definiu o precedente¹⁵⁸.

Mais adiante, com habitual propriedade, o jurista paranaense apõe resposta ao questionamento, apontando que, a par das críticas:

É preciso perceber, porém, que a *transformation* apenas se sustenta enquanto a Corte ainda supõe que é necessária maior discussão a respeito do tema jurídico. Se a questão está madura para ser definida, achando-se a Corte em condições de definir a nova regra e revogar o precedente, impõe-se o *overruling*. Assim, não parece que a *transformation* possa encontrar base unicamente na preservação da estabilidade dos precedentes, até porque, como restará demonstrado mais tarde neste livro, o *overruling* não contradiz a estabilidade do sistema, mas, ao contrário, a garante. Deixe-se claro que o *overruling* é ideal quando se tem motivo para abandonar entendimento antes fixado. As razões que justificaram a *transformation* em épocas passadas, como a tutela da estabilidade do sistema de precedentes e a preservação da confiança nos julgamentos, não têm motivo para prevalecer quando se tem a clareza de que o *overruling* é necessário para preservar a confiança no sistema. Não fosse por isso, como adverte de seu lado Eisenberg, a clareza do *overruling* tem maior probabilidade de levar a um coerente desenvolvimento dos *precedents* do que a deliberadamente opaca natureza da *transformation*¹⁵⁹.

A *transformation* não visa artificialmente à estabilidade do sistema como forma de evitar ou de ocultar a revogação de um precedente. Antagonicamente, como se viu, além do *overruling* de fato não comprometer a estabilidade do sistema, não se justificando a invocação para o seu afastamento, a *transformation* pode servir tanto ao aprimoramento do sistema como forma de amadurecimento de um entendimento, como, também, de certa forma, pode servir a corroborar para o

¹⁵⁸ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. p. 343-344.

¹⁵⁹ *Idem.*, p. 346.

enfraquecimento da confiança de um precedente, preparando ou legitimando uma futura revogação.

3.2.3.3 A derrogação de um precedente – técnica do *overriding*

O *overriding* representa a técnica pela qual uma corte restringe a aplicação de determinado precedente, sem, contudo, revogá-lo completamente. Destarte, “o *overriding* ocorre quando um tribunal restringe o âmbito de um entendimento jurisprudencial em favor de uma regra surgida após o seu estabelecimento”¹⁶⁰.

Como na técnica da *transformation*, o *overriding* toma em consideração premissas diversas daquelas tidas pelo julgador do precedente sem, portanto, apontar qualquer equívoco naquele.

No *overriding*, a Corte encontra-se diante de uma nova realidade que, quando considerada, impõe a substituição da decisão, por uma compatível com a nova realidade.

Perceba-se, pois, que diferentemente da *transformation*, o julgador que formalizou precedente em análise não detinha condições de antever aquela situação, portanto, no *overriding* a situação a autorizá-lo deve ser inovadora, ou seja, deve a doutrina tida como fundamento para a derrogação guardar caráter de novidade àquela precedente. Sob outro viés, o raciocínio a ser adotado é de que “o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento teria tido outra solução”¹⁶¹.

Luiz Guilherme Marinoni adverte:

É importante sublinhar que, mediante o *overriding*, realiza-se uma distinção consistente com as razões que inspiraram o precedente. Consistente porque, dadas as razões do precedente, a consideração da nova situação e do novo entendimento justifica o tratamento diferenciado. De modo que a distinção é consistente com as velhas razões. É esta consistência que justifica a não revogação do precedente. As mesmas razões estão a dar fundamento ao precedente e ao tratamento diferenciado em virtude da nova situação e do novo entendimento¹⁶².

¹⁶⁰ “*Overriding occurs when a court narrows the ambit of an established doctrine in favor of a rule that has arisen after the earlier doctrine was established*”. EISENBERG. M. A. *Op. cit.* p. 135.

¹⁶¹ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 347.

¹⁶² *Idem.*, p. 347-348.

O *overriding* não se confunde com o *distinguishing* a medida que os casos sob análise podem ser material e substancialmente idênticos, não admitindo qualquer distinção de fato, porém, o que há é uma nova situação e um novo entendimento no plano dos tribunais e da academia permitindo o tratamento diferenciado.

3.2.3.4 A técnica da elaboração de distinções inconsistentes - *the drawing of inconsistent distinctions*

Outra técnica utilizada para não aplicação de um precedente é a elaboração de distinções inconsistentes, “(...) isto é, distinções que são inconsistentes com a regra vigente, dadas as proposições sociais que fundamentam a regra”¹⁶³.

Tal qual ocorre no *overruling*, se um entendimento – descrito em um precedente – falhou substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e sistêmica este posicionamento deve ser afastado. Na elaboração de distinções inconsistentes, contudo, não há uma revogação integral do precedente, seu afastamento é apenas parcial.

É importante anotar-se que, mesmo após o estabelecimento de distinções inconsistentes, restarão, ainda, alguns casos em que a regra vigente – porque não revogada integralmente – será aplicada.

Vê-se que, através da técnica da elaboração de distinções inconsistentes, o sistema passa a existir com duas regras aparentemente antagônicas: a regra do precedente que permanece vigente e a nova regra da distinção inconsistente. Porém, estas duas regras não devem ser vistas como capazes de prejudicar a integralidade do sistema, mas somente como sendo uma a exceção da outra.

Apesar de parecer um pouco confusa, esta técnica pode ser de grande utilidade e válida em um sistema de precedentes obrigatórios.

É possível verificar que a distinção inconsistente aparentemente faz sentir uma maior concordância com o padrão de estabilidade jurisprudencial, embora,

¹⁶³ “that is, distinctions that are inconsistent with the underlying rule, given the social propositions that support the rule”. EISENBERG. M. A. *Op. cit.* p. 136.

como já exposto, o *overruling* igualmente sirva ao sistema, pode vir a causar sentimento diverso.

A técnica das distinções inconsistentes pode servir, também, ao atendimento do chamado princípio da provisoriedade, pelo qual um juiz identifica uma distinção inconsistente diante do caso concreto, todavia, não está confiante o suficiente acerca da conclusão para promover a revogação do precedente, preferindo deixá-la para um juízo posterior. É, portanto, “um passo provisório até a revogação total”¹⁶⁴.

Pode o tribunal estar seguro quanto à distinção inconsistente em si, mas não fazê-lo com relação ao grau de generalidade adequado à revogação, sendo a técnica um passo à generalização que atenda a doutrina dos precedentes.

Pondera-se, que o princípio é *descritivo* da atividade judicial, pois, mesmo que considere sua invalidação em determinados casos, as exceções não retiram a validade de sua premissa. A demonstração de instabilidade do precedente, por seu constante afastamento diante das novas situações apresentadas pela sociedade, em última análise, refletem a necessidade de reelaborar a norma, de forma a fazê-la alcançar o grau de generalidade desejado, através da revogação.

Pode o tribunal agir com isonomia e integralidade, apesar de a regra adotada ser inconsistente com o sistema vigente, pois uma revogação equivocada ou mesmo inadequada quanto ao grau de abstração seria, esta sim, capaz de comprometer seriamente o sistema.

Papel ainda mais importante da técnica pode sobrevir sob a questão da confiança justificada, nas palavras de Melvin Aron Eisenberg:

A distinção inconsistente pode também ser usada como técnica para lidar com o problema da confiança justificada. A distinção inconsistente permite às Cortes proteger, ao menos, aqueles que confiaram no núcleo de um entendimento, qual seja, a parte do entendimento que não se pode sequer distinguir plausivelmente. Isso pode ser particularmente importante onde o entendimento ainda não tenha sido sujeitado às distinções inconsistentes ou a críticas significativas na literatura profissional. Ao mesmo tempo, um caso que emprega a técnica da distinção inconsistente se torna parte da literatura profissional e comunica aos profissionais que determinado entendimento vigente é um sério candidato ao *overruling*. Algumas vezes pode ser melhor passar para a melhor regra em etapas, mesmo ao preço da inconsistência durante a transição. Usando a técnica da distinção inconsistente, um tribunal pode, simultaneamente, conduzir o direito em direção à congruência

¹⁶⁴ “The court may then properly draw an inconsistent distinction as a provisional step toward full overturning”. Idem., p. 139

social, protegendo a confiança justificada passada em determinado entendimento, diminuindo a possibilidade de uma confiança justificada futura, e preparando o caminho para um *overruling* que poderia não ter sido adequado¹⁶⁵.

O mesmo autor ressalva, ainda, que “integridade, no seu sentido comum, não é, portanto, comprometida com a prática da distinção inconsistente. Contudo, a integridade desempenha um papel especial nesta prática. Seu papel não é proibi-la, mas moldá-la com suavidade”¹⁶⁶.

É importante que o uso das distinções inconsistentes se dê de forma consciente e clara, ou seja, que os julgadores bem exponham suas razões, não apenas com relação às distinções inconsistentes, mas também com relação à escolha da técnica, deixando-a explícita, haja vista ser a provisoriedade que justifica a técnica. É necessário que os juízes posteriores tenham acesso a estas razões para que se possa formar o aludido degrau para a posterior revogação.

3.3 EFEITOS DAS DECISÕES QUE ALTERAM PRECEDENTES

Ultrapassadas, pois, as técnicas de superação dos precedentes, é igualmente importante o estudo do efeito no tempo dessas decisões que revogam ou pelo menos modificam um precedente, pois introduzem no sistema nova norma a regular a vida e o agir das pessoas e do Estado.

¹⁶⁵ “*Inconsistent distinguishing may also be used as a technique for dealing with the problem of justified reliance. Inconsistent distinguishing allows the courts to protect at least those who relied on the core of a doctrine, that is, that part of a doctrine that cannot be even plausibly distinguished. This may be particularly important where the doctrine has not yet been made subject to inconsistent distinctions or to significant criticism in the professional literature. At the same time, a case that employs the technique of inconsistent distinguishing itself becomes part of the professional literature and puts the profession on notice that the underlying doctrine has been advanced to candidacy for overruling. It may sometimes be best to move to the best rule in steps, even at the price of inconsistency during the transition. By using the technique of inconsistent distinguishing, a court may simultaneously move the law toward social congruence, protect past justified reliance on the core of a doctrine, diminish the likelihood of future justified reliance, and prepare the way for an overruling that might not have otherwise been proper*”. Idem, p. 139-140.

¹⁶⁶ “*Integrity, in the ordinary sense of that term, is therefore not compromised by the practice of inconsistent distinguishing. However, integrity does have a special role to play in this practice. Its role is not to prohibit the practice, but to shape it by urging candor. If the court draws an inconsistent distinction because it is tentative about the social congruence of the underlying doctrine, it is well to say so. If the court draws a distinction at a very low level of generality because it is unsure about the appropriate level of generality, it is well to say so. If the court is concerned about justified reliance, it is well to say that too. Those messages are normally implied in any event, but if the provisionality that justifies inconsistency is to be fully vindicated, the message is better made explicit*”. Idem., p. 140.

A análise da questão temporal dos efeitos emanados pela regra revogadora adquire relevante importância, no cenário jurídico do *common law*, haja vista o reconhecimento expresso de que a decisão judicial representada pelo precedente influi diretamente na formação e no entendimento do Direito.

Conforme já assinalado, a previsibilidade das decisões e a confiança depositada nos atos jurisdicionais são os grandes pilares da segurança do sistema no *common law*, que em última análise, almeja a igualdade e a Justiça num sistema *a priori* estável e seguro.

Observar e bem entender os efeitos das decisões que revogam precedentes e inauguram regras diversas no sistema já estabelecido devem sempre manter como premissa os princípios anunciados.

Embora haja alguma diferença na aplicação dos efeitos temporais das decisões revogadoras (*overruling*), nos países de tradição do *common law*¹⁶⁷, a regra preponderante é a de que a revogação de um precedente terá efeitos retroativos, atingindo situações pretéritas à edição da nova regra, sujeitas a modificação, em especial, como critério de igualdade de tratamento às situações assimiladas.

A regra da retroatividade, contudo, tem cada vez mais comportado exceções, com a admissão da aplicação de efeitos prospectivos às decisões revogadoras, e, ainda, admitida a modulação dos efeitos, quer sejam eles retroativos ou prospectivos, como se verá.

3.3.1 Retroatividade

Os efeitos retroativos podem ser vistos, inicialmente, sob duas perspectivas:

a) retroatividade pura; b) retroatividade clássica¹⁶⁸.

¹⁶⁷ “Em resumo, na Inglaterra, como herança da teoria declarativa do precedente, que defende a preexistência do Direito à decisão judicial, a revogação de um precedente tem, salvo raríssimas exceções, efeitos retroativos. Diferentemente dos Estados Unidos onde, fruto de certo modo do realismo jurídico americano, que defende a criação judicial do Direito, os tribunais desenvolveram outras maneiras de aplicação do precedente revogador, através das quais ele não tem, necessariamente, efeitos retroativos (apesar de eles serem, ainda, a regra)”. SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 157.

¹⁶⁸ SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 160.

Obviamente, em qualquer uma das modalidades, o efeito *ex tunc* será capaz de atingir situações pretéritas ao surgimento da nova regra, embarcando a própria situação geradora da mudança ou revogação.

A diferença reside na amplitude ou alcance desses efeitos às decisões pretéritas. Na retroatividade pura não há qualquer limite ou obstáculo ao alcance desse efeito, podendo atingir toda e qualquer situação, inclusive as já extintas por critérios temporais (prescrição e decadência), como as acobertadas pelo manto da coisa julgada material.

Por uma leitura inicial, tal afirmação pode causar perplexidade, especialmente à vista da segurança jurídica das relações. Por isso sua aplicação é mínima e voltada, exclusivamente, à esfera criminal. Registre-se, também, que mesmo aí, a aplicação deste efeito é restritíssima e depende de especial e detida análise do caso concreto a ser aplicado.

Para elucidar a questão, registrem-se duas situações trazidas por Zander no Direito inglês, justificando a aplicação ou não do efeito:

Em **Hawkins** (1977) 1 Cr App. Rep., **Lord Bingham**, o **Lord Chief of Justice**, citou um **dictum** de **Mitchel** (1977) 65 Cr. App. Rep 185, em que **Lord Lane** tinha dito: “deve ser claramente compreendido (...) alude o fato de que houve uma mudança aparente no Direito ou, para pôr mais precisamente, que concepções erradas anteriores sobre o significado de um **statute** tenham sido postas de forma correta, não proporciona um campo próprio para se permitir uma extensão de tempo no qual se pode apelar contra a condenação”.

Mas num caso anterior, **Ramsden** (1972) Crim. L.R. 547, CA, **Lord Lane** tinha dito que, em tal situação, a corte deveria permitir apelar intempestivamente. Nesta última análise, ele disse: “isso deve, em cada caso, ser uma questão de bom senso”. Em **Hawkins** (1977) 1 Cr. App. Rep., **Lord Bingham** disse “se tais condenações fossem imediatamente reabertas, seria difícil saber onde traçar a linha ou o quanto voltar”. A prática geral da corte, disse ele, era manter a visão contra a reabertura de condenações nestas circunstâncias, mas a corte deveria “abster-se de questões técnicas indevidas e perguntar se alguma injustiça substancial foi feita”. Em **Hawkins**, ele atua de forma que a permissão para apelar intempestivamente, depois de uma mudança no princípio relevante de Direito, foi recusada. Mais em **David Cooke** (2 de Dezembro de 1996, não reportada, CA N.º 9604988) a decisão seguiu outro caminho. A permissão para apelar intempestivamente foi garantida porque o apelante estaria cumprindo uma pena de prisão - embora, no caso, as condenações por delitos diferentes foram substituídas¹⁶⁹.

¹⁶⁹ “In **Hawkins** (1977) 1 Cr App. Rep. Lord Bingham, Lord Chief of Justice, cited a dictum from **Mitchel** (1977) 65 Cr. App. Rep 185 where Lord Lane had said: ‘It should be clearly understood that the fact that there has been an apparent change in the law or, to put it more precisely, that previous

Outro exemplo que afasta a aplicação desse efeito, pode ser encontrado no Direito estadunidense com relação ao caso *Mapp v. Ohio* 367 US 643 (1961), no qual a Suprema Corte revogou o precedente estabelecido no caso *Wolf v. Colorado* 338 US (1949), decidindo pela inadmissibilidade de utilização de prova ilegalmente obtida em processo criminal. A nova regra desencadeou inúmeros pedidos de *habeas corpus*, gerando decisões controversas. Chamada a resolver a questão, a Suprema Corte, no caso *Linkletter v. Walker* 381 US 618, 620 (1965), assim decidiu:

Uma vez aceita a premissa de que não estamos obrigados nem se nos proíbe aplicar uma decisão retroativamente, devemos sopesar os méritos e deméritos em cada caso olhando a história anterior da regra em questão, sua finalidade e efeito, e se a operação retroativa fomentará ou retardará seu efeito. [Como] (...) os propósitos da regra **Mapp** foram os seguintes: desestimular a ação ilegal da polícia; proteger a privacidade do lar das vítimas e que os órgãos federais e estaduais tenham os mesmos padrões jurídicos. Dar à regra **Mapp** uma efeito completamente retroativo - disse - não serviria a estes propósitos¹⁷⁰.

Note-se, portanto, que a utilização do efeito, na modalidade outra, é pontual e fundamentada não apenas no princípio da igualdade como também no princípio da coerência do sistema, servindo tal fundamento, inclusive, para sua não aplicação.

misconceptions about the meaning of a statute have been put right, does not afford a proper ground for allowing an extension of time in which to appeal against conviction'.

*But in a previous case **Ramsden** [1972] Crim. L.R. 547, CA, Lord Lane had said that in such a situation the court might grant leave to appeal out of time. In the least analysis, he said, 'this Hurst in every case be a platter of discretion'. In **Hawkins** (1977) 1 Cr. App. Rep. Lord Bingham said 'If such convictions were to be readily reopened it could be difficult to know where to draw the line or how far to go back'. The general practice of the Court he said was to set its face against the reopening of convictions in these circumstances, but the Court should 'eschew undue technicality and ask whether any substantial injustice has been done'. In **Hawkins**, he acts, so leave to appeal out of time after a change in the relevant principle of law was refused. But in **David Cooke** (2 December 1996, unreported, CA No. 96049M the decision went the other way. Leave to appeal out of time was granted because the appellant was serving a prison sentence - though, in the event, conviction for different offences were substituted". ZANDER, Michael. **The law-make process**. 5. ed. London: Butterworth, 1999. p- 349-350. *Apud* Idem., p. 166.*

¹⁷⁰ "Una vez aceptado la premissa de que no estamos obligados ni se nos está prohibido aplicar una decision retroactivamente, debemos sopesar los méritos y deméritos en cada caso mirando la historia anterior de la regla en cuestión, su finalidad y efecto, y si la operación retroactiva fomentará o aplazará su efecto". [Como] "(...) los propósitos de la regla **Mapp** traigan los siguientes: desalentar la acción ilegal de la policía; proteger la privacidad del hogar de las víctimas y que los órganos federales y estatales tengan los mismos estándares jurídicos. Dar a la regla **Mapp** un efecto completamente retroactivo - dijo - no serviría a estos propósitos" ITURRALDE SESMA, Victoria. *Op. cit.* p. 173. *Apud* Idem., p. 170.

A retroatividade clássica, correspondente à ideia de atingimento de situações pretéritas sujeitas a modificação, não é capaz de atingir situações extintas pela prescrição e pela decadência, bem como jamais será capaz de atingir a coisa julgada. É, ainda, a modalidade mais aplicada no *common law*, em especial na Inglaterra.

Além da aplicação deste efeito guardar suas premissas enraizadas no princípio da igualdade, pelo qual todos teriam direito ao tratamento isonômico de seus direitos, independente de critérios temporais estabelecidos pela norma judiciária, sua aplicação guarda especial consonância com a teoria declaratória da jurisdição. Pela teoria declaratória o juiz apenas declara o direito e, portanto, uma vez revogado um entendimento, porque equivocado, tal entendimento jamais teria constituído um direito verdadeiro, não podendo, continuar a ser aplicado ou servir como regulador das condutas da sociedade, mesmo daquelas já ocorridas no passado.

Apesar disso, independentemente da teoria a ser adotada a respeito da jurisdição, a verdade é que algumas situações surgidas no passado, inegavelmente, foram realizadas com base no precedente revogado, ou melhor, com base na confiança de sua autoridade. Por isso, a questão vastamente discutida é a que se refere à confiança nas decisões judiciais, a qual, aparentemente, restaria prejudicada pela aplicação retroativa do precedente revogador.

A questão apontada será tratada com mais vagar quando do enfrentamento da eficácia prospectiva das decisões revogadoras, contudo, por hora, cumpre destacar que quando há quebra da confiança no precedente revogado, a aplicação retroativa ocorre de forma bastante tranquila e sem oposições por parte da doutrina e da jurisprudência.

Veja-se que a revogação plena (*overruling*), quando realizada em estrita consonância com os princípios anteriormente traçados a sua aplicação, em especial à proteção da confiança justificada e da não surpresa, a aplicação dos efeitos retroativos, na perspectiva clássica, atende plenamente às exigências do sistema, não sendo por outra razão que sua aplicação corresponde à regra.

Perceba-se que como analisado, o *common law* possui diversas técnicas visando, justamente, a minar a confiança dos precedentes, ou pelo menos atenuar sua autoridade, de forma a prever a possível revogação do precedente. O mesmo

pode ocorrer por parte da academia que, paulatinamente, pode vir apontando a inadequação de um precedente, advertindo que a regra deveria ser revisada ou revogada, fazendo, pois, a quebra da confiança que deixa de ser justificável. Permite-se, assim, que o precedente seja revogado, inclusive, com aplicação dos efeitos retroativos, sem que isso signifique qualquer tipo de rompimento com a estabilidade e previsibilidade do *stare decisis*.

Existem outras situações em que o precedente deve ser revogado em razão de equívocos ou de sua inadequação com os novos valores sociais e políticos, ou mesmo com o próprio Direito. Tal alteração, na regra, aplicada da forma clássica, com retroação às situações ocorridas na vigência da norma anterior, não se prestaria a tutelar o princípio da segurança, em especial, na perspectiva da previsibilidade, e do princípio da proteção da confiança.

Surge daí a necessidade de aplicação de efeitos diversos à revogação, quais sejam, os efeitos prospectivo a seguir enunciados.

3.3.2 Prospetividade

Os efeitos prospectivos admitem três formas de aplicação: a) prospectividade clássica (*prospective overruling*); b) prospectividade pura (*pure prospective overruling*); c) prospectividade a termo (*prospective prospective overruling*).

Todas as formas de aplicação prospectiva da norma revogadora visam à proteção, sobretudo, da confiança depositada, tanto pelas pessoas quanto pelo Estado, nas decisões judiciais. Implica dizer que os precedentes estabelecidos, quando não minados em suas pilastras essenciais, pela academia ou pelos tribunais, por meio das técnicas anteriormente vistas, constituem norma robusta do sistema, apta a gerar direitos e expectativas confiáveis dos agentes que nela se pautaram e, com base nela, sustentaram seus planejamentos.

Não atenderia ao princípio da segurança e da confiança uma decisão imprevisível que atingisse bruscamente as condutas legitimamente realizadas no vigor da norma antiga, no entanto, é preciso observar que, como já visto, a regra é que os efeitos a serem aplicados aos precedentes revogadores sejam retroativos. A aplicação prospectiva deve ser vista com exceção e por isso sua aplicação deve ser bastante criteriosa.

A primeira forma de aplicação desse efeito é a chamada prospectividade clássica, ou *prospective overruling*, pela qual os efeitos da revogação somente não se aplicam aos casos passados, ou seja, aplicam-se obviamente a caso futuros, mas também se aplicam ao caso presente, sob julgamento. Note-se, não haver certa retroação no efeito, pelo menos no que diz respeito ao caso sob julgamento, à medida que, mesmo tendo sido a conduta realizada na vigência da norma anterior, a ela também se aplicaram os efeitos da nova norma.

Sua aplicação pode, entretanto, gerar situações inconsistentes. Pessoas em idêntica situação podem vir a receber tratamento diversos, como no caso emblemático citado por Melvin Aron Eisenberg acerca da mudança de entendimento sobre a regra de excludente de responsabilidade dos municípios.

No caso *Mailor v. Kaneland Community Unit District* n. 302, a Corte de Illinois imputou responsabilidade ao município pelo acidente sofrido por Thomas Mailor, revogando o entendimento de que os municípios teriam imunidade quanto à responsabilidade civil de seus atos, determinando a aplicação prospectiva clássica da norma revogadora. A regra se aplicaria ao caso de Thomas, exclusivamente, e a casos futuros, não atingindo relações pretéritas, além do caso concreto em julgamento.

Ocorre que, no mesmo ônibus escolar, envolvidas no acidente, existiam outras crianças em posição idêntica à de Thomas, inclusive três de seus irmãos. Quando a Corte passou a se deparar com essas situações, em especial de sete crianças, que estavam na idêntica situação de Thomas, a bordo do mesmo ônibus escolar, percebeu-se que conferir tratamento diverso às mesmas seria injusto e feriria o princípio da isonomia. Nesses casos, apesar da prospectividade da aplicação da decisão, a Corte teve de admitir a retroatividade apenas com relação aos casos idênticos, declarando que os demais fatos ocorridos, no passado, deveriam ser tratados à luz do precedente revogado¹⁷¹.

Perceba-se que, no caso do *prospective overruling*, pelo menos com relação ao caso em julgamento, a regra aplicou-se retroativamente, sendo a prospectividade aplicada, efetivamente, somente a casos futuros.

¹⁷¹ EISENBERG. M. A. *Op. cit.* p 128-129.

Em oposição à retroação referida, fala-se em *pure prospective overruling* ou prospectividade pura para definir a aplicação da regra somente para casos futuros, sem que ela atinja sequer o caso sob julgamento.

Essa segunda modalidade de aplicação prospectiva do precedente revogador, em tese, seria a forma mais efetiva de tutelar a confiança justificada e a não surpresa. Conforme afirma Melvin Aron Eisenberg, “se a confiança na regra antiga é tão digna de confiança que a aplicação da nova regra anunciada seria injusta, parece igualmente injusto aplicar esta regra à transação imediata”¹⁷².

Perceba-se que a técnica é bastante assimilada à da sinalização, a medida que ambas declaram que determinado precedente se encontra equivocado ou contrário aos novos valores, contudo, fazendo prevalecer a regra estabelecida no precedente, inclusive, quanto ao caso concreto sob julgamento.

A grande diferença reside no fato de que, no *pure prospective overruling*, a perda da autoridade do precedente é efetivamente declarada, inaugurando um novo entendimento, apesar da autoridade do novo precedente só passar a valer para casos futuros.

Conforme já anunciado, na *technique of signaling*, não há a revogação propriamente da norma estabelecida, tão menos há inauguração de uma nova regra. O que ocorre é o anúncio à comunidade jurídica de que aquele precedente perdeu sua característica de confiabilidade, legitimando sua revogação por outro ato, ou seja, por outra decisão. Muitas vezes, porém, essa técnica é efetivamente utilizada como substitutiva à outra.

Não é a toa que essas duas regras têm sido conjugadas quanto à aplicação ou à definição dos efeitos da regra revogadora, podendo a eficácia da revogação ficar condicionada ao momento da sinalização¹⁷³.

¹⁷² “If the reliance on the old rule is so worthy of protection that a retroactive application of the newly announced rule would be unjust, it seems equally unjust to apply that rule to the immediate transaction”. EISENBERG, M. A. *Op. cit.* p 131.

¹⁷³ “Há outras situações intermediárias. Assim, em *Li v. Yellow Cab Co.*, a Suprema Corte da Califórnia revogou o precedente da contributory negligence pela regra da comparative negligence, deixando claro que a nova regra não seria aplicável aos casos com julgamento em curso. Em *Whitinsville Plaza*, relacionou-se a técnica do overruling prospectivo com a técnica da sinalização. Ou seja, decidiu-se que a nova regra teria efeitos retroativos até a data da decisão em que houvesse ocorrido a sinalização. De fato, quando antes se estudou a técnica da sinalização, viu-se a similaridade desta técnica com o overruling prospectivo. Se mediante a técnica da sinalização, conquanto se deixe de revogar o precedente, adverte-se para a sua provável e próxima revogação,

Os efeitos da decisão revogadora podem ser modulados de forma que sua aplicação retroaja apenas com relação a algumas situações, como no exemplo da imunidade municipal no caso da decisão da Corte de Illinois, como, também, a uma data pré-definida de como, na conjugação das técnicas da sinalização com a revogação prospectiva, tal qual realizada pela Corte da Califórnia¹⁷⁴.

Os efeitos prospectivos das decisões podem, igualmente, ser modulados para o futuro, determinando-se uma data a partir da qual o precedente revogador passa a emanar seus efeitos. É o que se denomina por *prospective prospective overruling* ou aplicação prospectiva a termo.

Essa terceira modalidade de aplicação prospectiva torna possível que as pessoas e o Estado conheçam e se adequem à nova regra. Sua eficácia é postergada a uma data futura, em evidente prestígio à confiança justificável e à previsibilidade.

Exemplo disso é trazido por Eisenberg, no casos *Spaniel v. Maounds View School District* n. 621, no qual a Corte de *Minnesota* revogou o precedente da imunidade municipal, mas, postergou seus efeitos para a próxima legislatura de *Minnesota*¹⁷⁵.

Apesar das críticas emanadas pela doutrina, a respeito da aplicação prospectiva da revogação dos precedentes, Melvin Aron Eisenberg enfatiza haver situações em que a aplicação guarda especial critério para a consistência de resultados, como é o caso em que a Corte tem sinceros motivos para acreditar que o Legislativo irá modificar a regra legislativa vigente. Neste período de transição, a Corte já alerta que o precedente perderá sua força obrigatória a partir da revogação Legislativa ou de sua provável data, mantendo-se a consistência do sistema.

Em *Massachusetts*, a Corte, utilizando da técnica da sinalização como equivalente funcional da prospectividade a termo, firmou a “intenção de ab-rogar o precedente da imunidade municipal no primeiro caso apropriado decidido por esta

pouco diferença existiria em substituir tal técnica pela revogação imediata do precedente com efeitos prospectivos a partir de certa data futura. Portanto, quando se revoga o precedente, e sinalização anterior foi feita, é coerente admitir a retroatividade da nova regra até a data da decisão sinalizadora ou até data em que se supõe que o sinal foi absorvido na comunidade jurídica”. MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. p. 422-423.

¹⁷⁴ Veja nota 173.

¹⁷⁵ EISENBERG, M. A. *Op. cit.* p 128.

corde após a conclusão da próxima... sessão do Legislativo, desde que o Legislativo na época própria não tenha atuado definitivamente quanto o precedente¹⁷⁶, e explica:

A ação legislativa sobre o tema da imunidade soberana é quase certo de seguir qualquer ação de nossa parte.... Em praticamente todas as jurisdições em que a doutrina da imunidade soberana foi judicialmente revogada, a ação judicial foi seguida por uma ação legislativa que modificou e, em alguns casos, completamente anulou, a ação do Poder Judiciário Achamos que é injusto criar expectativas neste domínio que o Legislativo pode anular; também não temos qualquer intenção de promover desnecessárias possibilidades de tratamento desigual entre os litigantes, como a causada pela perspectiva das datas das lesões ou processos, em relação à sequência de atos judiciais e legislativos¹⁷⁷.

Não há dúvidas de que a aplicação do efeito prospectivo da revogação pode ser de grande valia, afinal, “a principal justificativa para o *prospective overruling* é a proteção da confiança justificada”¹⁷⁸.

Lord Diplock considerou a aplicação dos efeitos prospectivos, no Direito inglês, no qual a aplicação recebe maior resistência, em especial, em razão do predomínio da teoria declarativa da jurisdição, conforme narrado por Zander:

Lord Diplock, também, emprestou apoio à idéia. Numa conferência feita vários anos atrás, ele se referiu ao fato de que o impacto retrospectivo de decisões judiciais era uma das razões por que os juízes relutavam em corrigir erros anteriores ou em adaptar uma regra estabelecida as circunstâncias modificadas. Contudo, o efeito retrospectivo das decisões judiciais era simplesmente um reflexo da ficção legal, de modo que as cortes meramente declaram o Direito como ele sempre foi. E chegado o momento, ele pensava, ‘de refletir se nós devemos descartar esta ficção’, e

¹⁷⁶ "intention to abrogate the doctrine of municipal immunity in the first appropriate case decided by this court after the conclusion of the next ... session of the Legislature, provided that the Legislature at that time has not itself acted definitively as to the doctrine." *Whitney v. City of Worcester*, 373 Mass. 08,210, 366 N.E.2d 1210. 1212 (1977). *Apud* Idem., p. 130

¹⁷⁷ “[L]egislative action on the subject of sovereign immunity is almost sure to follow any action on our part

In virtually every jurisdiction in which the doctrine of sovereign immunity has been judicially abrogated, judicial action has been followed by legislative action which modified, and in some cases completely nullified, the action of the judiciary [W]e think it unfair to create in this area expectations which the Legislature may nullify, Nor do we have any wish to promote unnecessary possibilities of unequal treatment among litigants, as caused by the chance of dates of injuries or lawsuits, as related to the sequence of judicial and legislative actions” lbedem.

¹⁷⁸ “The major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance”. Idem., p. 131.

ele pensava que o desenvolvimento da revogação prospectiva nas cortes de apelação nos Estados Unidos merecia consideração¹⁷⁹.

Obviamente, o *prospective overruling* não está isento de críticas. Algumas, inclusive, bastante pertinentes.

Como já referido, quando da análise dos efeitos retroativos da revogação de precedentes, aos adeptos da teoria declarativa, os efeitos prospectivos seriam impensáveis à medida que, se o julgador não está legitimado a criar regras de qualquer natureza, ele apenas declara o direito já existente. Assim, se um direito declarado no precedente é tido como equivocado, ele, em verdade, jamais teria sido um direito, não podendo permanecer no universo jurídico, ou pelo menos não naquele universo jurídico de situações ainda passíveis de modificação. Perceba-se que, nitidamente, essa corrente de pensamento não responde às alterações dos precedentes decorrentes, não de equívocos no julgamento formador do precedente, mas da própria modificação dos valores semeados pela sociedade e pelo Direito, que se encontram em constante evolução.

Essa também é a inspiração da crítica declaratória de que, ao conferir efeitos prospectivos, o Judiciário usurpava sua função meramente declarativa e invadiria a esfera do Legislativo, a quem caberia, efetivamente, criar o direito¹⁸⁰.

Em outra linha, surge a crítica de que a aplicação prospectiva, em verdade, não criaria nova *ratio decidendi*, ou seja, não conteria a revogação prospectiva força vinculante, porquanto a fundamentação da revogação não estaria dedicada a solucionar a controvérsia entre as partes, mas seria encarada como questão periférica ao julgamento concreto, atraindo a qualidade de mera *dictum*. Tal situação poderia guardar alguma relevância dependendo da premissa eleita com relação ao instituto, ou seja, se a *ratio decidendi* for encarada como somente aquela parte

¹⁷⁹ “Lord Diplock has also lent support to the idea. In a lecture several years earlier, he referred to the fact that the retrospective impact of judicial decisions was the reasons that judges were reluctant to correct previous errors or adapt an established rule to changed circumstances, yet the retrospective effect of judicial decisions was simply a reflection of the legal fiction that the courts merely expounded the law as it always had been. The time had come, he thought, ‘to reflect whether we should discard this fiction’, and the Thought that the development of prospective in appellate courts in the United States deserved consideration” ZANDER, Michael. *Op cit.* p- 351. *Apud* SOUZA, M. A. D. *op. cit.* p. 168.

¹⁸⁰ Cf. ITURRALDE SESMA, Victoria. *Op cit.* p. 171-172. NICOL, Andrew. **Prospective overruling: a new device for English courts?** 39 *Modern Review*, 1976. n. 542. *Apud* SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 160-164.

efetivamente necessária à solução do caso, talvez a conclusão estivesse correta. Porém, como já anotado, a força emanada pelo precedente vai muito além da mera conclusão alcançada, com clara valorização dos fundamentos necessários ao seu atingimento os quais, certamente, comportariam a revogação prospectiva do precedente, passando a compor o núcleo vinculante do novo precedente.

Igualmente preocupada com a relação objetiva, contida no caso ensejador da revogação dos precedentes, a crítica aponta para o fato de que o uso indiscriminado do efeito prospectivo, especialmente na modalidade *pure prospective overruling* e *prospective prospective overruling*, inibiria a evolução do *common law*, à medida que as partes e seu advogados não teriam incentivo em despender esforços se, suas teses, ainda que acatadas pela Corte, não serviriam para regular o seu caso¹⁸¹.

Ademais, de igual forma, eliminaria a necessidade de análise e de investigação pela comunidade jurídica, acerca das consistências de um precedente e a forma com que este vem sendo tratado pela doutrina e pelos tribunais, bastando a mera existência de um precedente para fundamentar as condutas da vida, sem qualquer preocupação com sua força ou sua autoridade. Como destaca Luiz Guilherme Marinoni:

Assim, o uso inadequado do *prospective overruling*, de um lado, torna desnecessária a análise de se a tutela da segurança jurídica e da confiança fundamenta a não retroatividade dos efeitos do *overruling*, e, de outro, constitui obstáculo ao desenvolvimento do direito jurisprudencial. Na verdade, desta forma o direito deixaria de ser visto como algo em permanente construção, negando-se o fundamento que deve estar à base de uma teoria dos precedentes¹⁸².

Victoria Iturralde Sesma afirma que, sendo a confiança depositada no precedente anterior a principal função à aplicação prospectiva da norma revogadora, estar-se-ia introduzindo novo elemento à revogação de um precedente que, segundo essa doutrina, seria de quase impossível prova e objetividade¹⁸³.

¹⁸¹ Cf. EISENBERG, M. A. *Op. cit.* p. 131. REYNOLDS, William L. *Judicial process in a nutshell*. 2. Ed. St. Paulo: West Publishing Co., 1991. p. 180. *Apud* SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 164.

¹⁸² MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. p. 435.

¹⁸³ Cf. ITURRALDE SESMA, Victoria. *Op. cit.* p. 171-172. *Apud* SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 160.

Contudo, parece que tal argumento não se reveste de fundamento suficiente, porque, apesar da doutrina do *common law* não ter como praxe o uso de conceitos abstratos, “os juízes podem temperar o caráter abstrato das leis [ou normas em geral] por regras jurisprudenciais, como a *reasonableness* ou proporcionalidade”¹⁸⁴.

Apesar do caráter abstrato que reveste o princípio da proteção da confiança, em especial a confiança justificável, no caso concreto, ou em cada edição de uma norma revogadora, este elemento será analisado criteriosamente pelo julgador. Haverá uma vasta fundamentação no precedente revogador, demonstrando as razões da eleição de uma ou outra modalidade de aplicação dos efeitos daquela decisão. Isto permite a evolução do Direito do *common law*, e, também, aproxima o máximo possível à almejada Justiça no caso concreto.

É nesta medida que se justifica a aplicação prospectiva do precedente.

Caso se observe não haver expectativa do cidadão ou do Estado de exigência de conduta diversa da contida no precedente anterior, pois suficientemente hígido a conferir a segurança e a confiança na realização e planejamento das condutas, não podem as partes ser surpreendidas por uma decisão que inesperadamente passa a exigir outra conduta, quiçá penalizando de alguma forma a conduta anterior. Por mais correta e adequada que seja a nova regra, sua aplicação retroativa, no modelo enunciado, evidenciaria uma decisão injusta e inadequada ao caso concreto.

Por muitas vezes, o que de fato motiva o Tribunal a modificar um precedente é o desejo de colocar em prática uma nova política judiciária, como já citado no caso *Mapp v. Ohio* e *Linkletter v. Walker* (com relação à produção e valoração de provas obtidas por meios ilícitos). Não haveria justificativa para a aplicação retroativa da norma revogada, que inaugura nova regra de conduta, não podendo penalizar condutas realizadas no vigor e em conformidade com o precedente anterior.

Resta demonstrada que a regra nos países do *common law* é a da revogação de que seus precedentes têm efeitos retroativos em consonância com o princípio da igualdade, uniformidade e reprodutividade. Porém, outros fatores

¹⁸⁴ SÈROUSSI, Roland. *Op. cit.* p. 15.

devem, também, ser sopesados, quando da aplicação da norma revogadora, a fim de aproximá-la do que se entende por correção e justiça.

Apenas excepcionalmente, quando demonstrada e meticolosamente verificada a existência de fatores que, contrapostos aos demais valores que servem ao sistema, apontam para necessidade de aplicação da prospetividade, como é o caso de proteção à confiança justificável e da tutela da segurança, especialmente na modalidade da previsibilidade, é que a prospetividade se legitima.

3.4 BREVES REFLEXÕES SOBRE A DOCTRINA DOS PRECEDENTES

A doutrina dos precedentes, na perspectiva do *stare decisis*, tem como pedra de toque a segurança das relações consubstanciada na proteção da confiança e da não surpresa (previsibilidade), por meio de um sistema jurídico potencialmente estável.

Algumas características intrínsecas desse sistema não podem passar despercebidas. Obviamente, como uma realidade capaz de usurpar a teoria e de adentrar à pragmática do Direito, sua aplicação é capaz de ensejar súditos fiéis, bem como ferrenhos opositores.

A verdade é que como realidade, esta teoria, arriscar-se-ia dizer, como todas as teorias praticadas, está sujeita a críticas e elogios, como se apresentará a seguir.

3.4.1 Aparentes Desvantagens dos Precedentes Obrigatórios

A adoção do *stare decisis* pelo *common law* visivelmente trouxe maior rigidez a este sistema, através da vinculação dos precedentes. Essa rigidez (*rigidity*) é vista por muitos como fator de descrédito da teoria apresentada¹⁸⁵.

De fato, essa potencial rigidez vem a causar preocupação, se observada isoladamente, porém, como discutido alhures, apesar do respeito e da vinculação dos precedentes, na doutrina do *stare decisis*, esta comporta certa flexibilidade não se constituindo em sistema hermeticamente fechado e alheio às realidades jurídicas

¹⁸⁵ Cf. SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 281-320.

e sociais. Ao contrário, as modificações e as alterações são permitidas através de diversas técnicas, sem que isso abale as estruturas do sistema, servindo, inclusive, a fortalecer a própria doutrina dos precedentes.

Perceba-se que, por mais rígida que possa parecer, assim como o aço ou o concreto, a austeridade do *stare decisis* no *common law* não está alheia às variações da realidade do ambiente em que está inserida. Inclusive, as modificações perpetradas pelo meio devem ser pensadas e calculadas para que as estruturas fundantes não venham a ruir. Assim como no alicerce de um edifício, por mais duro e impenetrável que possam parecer o aço e o concreto, é necessário reconhecer que a temperatura e a pressão podem fazer com que esses materiais se dilatam e trabalhem, pelo que há de haver certa flexibilidade permitindo que a natureza das coisas ocorram. O mesmo ocorre com os precedentes que, por mais rígidos que possam parecer, permitem certas alterações para adaptação às vicissitudes do ambiente que os rodeia.

Por ser um sistema baseado precipuamente nos precedentes judiciais, este sistema pode, também, parecer demasiado complexo, em razão do vasto arcabouço de decisões que pode vir a gerar. Essa extensa produção poderia tornar-se um problema quando da necessidade de localização de qual seria o precedente aplicável, bem como, a dificuldade de identificação de algumas *ratio decidendi* ou mesmo sua correta distinção com relação às *obiter dicta*, uma vez que neste ponto circunda uma das questões mais controvertidas desta doutrina, como já assinalado.

Essa complexidade (*complexity*) decorrente da interpretação e da localização da norma é questão possível de surgir, e possivelmente surgirá, em qualquer sistema positivista, seja ele baseado exclusivamente em leis ou em precedentes. Apesar de a multiplicação das normas ser cada vez mais abundante em todo e qualquer sistema jurídico, em função do reconhecimento de uma sociedade plural que apresenta diversidades que devem ser protegidas e respeitadas, o aumento das demandas sociais, felizmente, vem acompanhado pelo aumento da tecnologia, no processamento e na disponibilização de dados. As diversas ferramentas de pesquisa existentes e frequentemente aprimoradas permitem a facilitação do labor do operador jurídico, bem como sua atualização em tempo real de qualquer inovação ocorrida na ordem jurídica.

Ademais, não é redundante lembrar que, a par da segurança jurídica, as decisões não deverão, na medida do possível, surpreender em absoluto os cidadãos preservando-se a confiança e a estabilidade do sistema. Mesmo que uma decisão seja de fato inovadora posto que pioneira no julgamento da questão, está não seguirá um entendimento já estabelecido, todavia, não poderá constituir-se numa decisão completamente alheia ao contexto já existente, como aquela decisão que jamais alguém imaginou, consubstanciando-se em um fato revolucionando a ordem vigente.

Não se vislumbra, no entanto, que de fato a complexidade seja algo tão indesejável que se torne capaz de fulminar a doutrina do *stare decisis*.

A morosidade no desenvolvimento do Direito (*slowness of grow*) num sistema de precedentes obrigatório é, também, apontada por alguns como ponto de desvantagem desse sistema.

É certo que a doutrina do *stare decisis* está pautada de certa forma na perpetuação dos entendimentos, levando muitos julgadores a ter receio na refutação de um precedente. Como visto, apesar da valorização da estabilidade das decisões, um sistema de precedentes não pode atribuir áurea sagrada a seus entendimentos, tornando-os imutáveis e perpétuos. Não é a toa que no seio da doutrina dos precedentes estão inseridas técnicas para o desenvolvimento do Direito e a modificação das decisões, matéria que mereceu tópico exclusivo neste estudo.

Ademais, em um sistema baseado em leis formalmente editadas pelo Legislativo, como ocorre na tradição do *civil law*, a alteração de um regra pode ser ainda mais difícil e morosa do que num sistema de precedentes, como assinalam Robert Rosas e Paulo Cezar Aragão:

Indubitavelmente a jurisprudência tem se antecipado às legislações na solução dos conflitos de interesses. Não poderia ser de outra forma porque a legislação é mais estática do que o juiz. A letra da lei perpetua-se, esperando a interpretação judicial quando suscitada nas controvérsias. No entanto, a evolução da sociedade é surpreendente. As relações humanas cada vez mais intensas impõem o chamamento judicial dos debates nos litígios, substituindo o código que, às vezes, teia contra si a revolta dos fatos na expressão de Gastão Morin. Mas o juiz não pretenderá ser o legislador, apagar os escritos legais, substituindo-os, mas sim adaptá-los à realidade, ao tempo e ao caso porque é impossível imaginar-se a lei solvendo todas as questões, as pendências, as dúvidas, no vasto emaranhado das interações sociais. Não foi sem razão a perspicaz nota de Seabra Fagundes sobre a posição do juiz brasileiro na aplicação do Direito, concorrendo para o aprimoramento do Direito como condição de paz e de justiça entre os

homens. Aplicando a lei, adequando-a à utilidade social e ao bem-estar do indivíduo¹⁸⁶.

Alvitre-se que tanto o excesso de rigidez como de formalismo podem constituir desvantagem para o sistema quanto o abuso da flexibilização dos precedentes. A doutrina aponta como elemento de desvantagem do *stare decisis* o exagero no poder de distinguir (*distinguishing*), que afastar a aplicação de precedentes estabelecidos e cria uma infinidade de novas regras, muitas vezes, incongruentes entre si. São as denominadas distinções ilógicas, que podem vir a minar as estruturas dessa doutrina por exagero de flexibilidade e consequente comprometimento da estabilidade.

Independente do sistema que se adote – *common law* ou *civil law* – a questão reside na localização de um ponto de equilíbrio entre a segurança das relações e a evolução necessária do Direito, “na verdade, a questão está em encontrar um sistema ideal que preserve a estabilidade e não fulmine, por completo, a flexibilidade”.

Outra crítica bastante comum ao atual sistema do *common law* reside na questão da persuasão racional do juiz que, para muitos, restaria prejudicada pela adoção dos precedentes obrigatórios. Aliás, no Brasil, esta tem sido a principal bandeira daqueles que se opõe à ideia de aproximação das tradições.

Marcelo Alves Dias de Souza adverte que a crítica desmedida à doutrina dos precedentes, normalmente, indica o profundo desconhecimento sobre o tema, assinalando que aquele que dedicar algum tempo ao estudo da matéria logo “descobre que este tipo de visão refratária à teoria do *stare decisis*, mostra, num primeiro momento, claramente, a ignorância dos seus defensores quanto ao assunto”¹⁸⁷.

A utilização da doutrina do *blinding precedent* não torna a função do juiz algo mecânico e irracional, ao contrário, ao juiz é conferida a importante missão de tomar contato com o caso concreto, perquirindo a verdade dos fatos, para somente após estar convencido da realidade fática, confrontar o caso com os precedentes já

¹⁸⁶ ROSAS, Robert. ARAGÃO, Paulo Cezar. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 5. p. 69. *Apud* SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 287.

¹⁸⁷ SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 287.

estabelecidos. Encontrando o precedente que se assemelhe ao caso sob julgamento, é seu mister extrair dele a *ratio decidendi* e verificar se essa conclusão corresponde à decisão mais adequada ao caso sob julgamento.

Estando o juiz convencido de que a aplicação daquele precedente responde às necessidades daquele caso concreto, ele o aplica, caso contrário, pode fazer uso das diversas técnicas para a promoção do afastamento de um precedente, como estudado anteriormente. O que importa destacar é que, mesmo quando o juiz deixa de aplicar um precedente, ele o faz de forma consciente e fundamentada, promovendo o enfrentamento do precedente anterior, e justificando, dentro dos limites da doutrina do *stare decisis*, a pertinência desse ato. Assim, a vinculação não serve ao engessamento do juiz, mas apenas para conferir estabilidade e coerência ao sistema. As mudanças estão expressamente consignadas dentro da própria teoria do *stare decisis*, contudo, os instrumentos conferidos à efetivação dessas alterações não podem servir à vaidade de um ou outro julgador.

O livre convencimento do juiz continua observado na caracterização do caso posto a julgamento e a aplicação da norma que o rege, determinando a efetividade do Direito. As decisões isoladas, proferidas em dissonância com o entendimento dos tribunais superiores ou da própria corte, obrigam a parte a manejar os recursos adequados para, somente ao final, ver aplicado o entendimento consolidado naquela corte que, em última instância, rege a norma do caso concreto. Essa rebeldia do juiz inicial em nada contribui ao sistema ou ao aprimoramento do Direito. Apenas alonga o caminho para obtenção da providência final, anunciada pelas cortes competentes, implicando desgaste de tempo, dinheiro e energia, tanto das partes como do próprio Poder Judiciário.

Luiz Guilherme Marinoni bem define:

Os juízes pensam que exercem poder quando julgam como desejam, mas não percebem que não têm poder para decidir (sozinhos) sequer uma ação de despejo fundada em falta de pagamento ou uma ação ressarcitória derivada de acidente de trânsito, e além disso, que as suas sentenças, em regra não interferem na vida dos litigantes¹⁸⁸.

¹⁸⁸ MARINONI, L. G. O precedente na dimensão da segurança jurídica. _____ (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 210-226.

Perceba-se, pois, que conferir ao juiz maior liberdade de julgar significa, justamente, privilegiar seus julgamentos, evitando que toda e qualquer decisão seja passível de recurso. Para que isso seja possível é indispensável que os julgamentos proferidos pelo juiz estejam em consonância com o posicionamento das Cortes Superiores, ou seja, que os precedentes sejam devidamente observados, como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

O direito estadunidense, além de respeitar precedentes, deu ao juiz de primeiro grau real poder para decidir as questões de fato, tornando o *appeal* cabível apenas diante de erros de direito. Assim, o *common law* incorpora, coerente com a sua própria tradição de confiança na magistratura, além do respeito aos precedentes, a valorização do juiz de primeiro grau. O ponto tem grande relevância: tem o valor de demonstrar, àqueles que pensam que o respeito aos precedentes minimiza a figura do juiz ordinário, que o poder do juiz não depende da circunstância dele estar livre para decidir, mas sim da circunstância dele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar¹⁸⁹.

A liberdade do julgador, consagrada no princípio da persuasão racional, como qualquer regra, não pode ser absoluta, deve ser conjugada com outros princípios, dentre os quais se destaca o princípio da igualdade. Conferir tratamento diferenciado a questões assimiladas com base no princípio do livre convencimento do juiz implica consequências severas à credibilidade e à confiabilidade do sistema.

Tassara traz relevantes apontamentos sobre esse ponto de tensão entre os dois princípios:

A necessária conciliação dos elementos em jogo apresenta-se indevidamente como uma tensão entre a igualdade dos cidadãos e a independência dos juízes, o que desvirtua literalmente este segundo conceito. Dentro de uma apresentação estritamente técnica da função de aplicação das normas, a 'independência' indicava a subtração a qualquer imperativo ou fonte de pressão, alheios ao processo técnico ('políticos', para reduzir o tópico). O juiz não deve depender de ninguém, e só se reconhecer submetido ao texto legal. O problema surge quando se torna evidente que não há tal aplicação técnica sem prévia interpretação valorativa; nela os juízos encadeiam-se inevitavelmente com juízos prévios, que marcam uma dependência peculiar do juiz: de si mesmo e de tudo o que compõe seu horizonte interpretativo, pessoal e dificilmente transferível.

Esta dependência do juiz do seu próprio entorno, juntamente com o caráter mais ou menos aberto, mas sempre histórico do sentido do texto legal, explica a pluralidade interpretações que os diversos órgãos acabam produzindo. A hierarquização processual ajudará a reduzir essa

¹⁸⁹ Ibidem.

dependência judicial, suavizando-a. Prescindindo dessa e de outras instâncias de controle, entre as quais o respeito ao precedente (exigido pela igualdade) ocupa lugar destacado, não se faria homenagem alguma à independência de uma subjetividade cuja eliminação é tão utópica como indesejável, dado que, sem tais juízos prévios, nunca haveria juízo algum. Vincular o juiz ao precedente é obrigá-lo a controlar seus próprios juízos prévios em diálogos com Juízos próprios e alheios. Assim se tornará mais dono de si mesmo e aumentará também a dimensão de sua independência; porque nada corrói mais a confiança na Justiça do que as aparências de arbitrariedade (independência sem controle) nos responsáveis por realizá-las¹⁹⁰.

O respeito aos precedentes serve ao sistema em perfeita harmonia com o princípio da persuasão racional do juiz, imprimindo efetividade e credibilidade à Justiça e ao próprio Direito.

A edição de precedentes com atribuição de força vinculante para alguns poderia maltratar, ainda, o princípio da separação dos Poderes, conferindo ao Judiciário verdadeiro poder legislativo.

A visão rígida da divisão dos Poderes é fruto da Revolução Francesa e das batalhas de poder que semearam o embrião do *civil law*. No *common law*, Judiciário e Legislativo sempre foram Poderes que compunham faces diversas da mesma moeda, compartilhando os mesmo ideais de proteção do indivíduo.

Essas duas concepções, hodiernamente, estão bastante aproximadas pela concepção de Estado Constitucional, como se verá mais adiante. Por hora, registre-

¹⁹⁰ “La necesaria conciliación de los dos vectores en juego se plantea indebidamente como una tensión entre igualdad de los ciudadanos e independencia de los jueces; lo atue desvirtúa notablemente este segundo concepto. Dentro de un planteamiento estrictamente técnico de la función aplicativa de normas la ‘independencia’ indicaba la sustracción a cualquier imperativo o fuente de presión ajenos al proceso técnico (‘políticos’, por recurrir al tópico). El juez no debe depender de nadie, ni reconocerse sometido sino al texto legal. El problema surge cuando se hace evidente que no hay tal aplicación técnica sin previa interpretación valorativa; en ésta los juicios se encadenan inevitablemente con pré-juicios, que marcan una peculiar dependencia del juez: de sí mismo y de todo lo que compone su horizonte interpretativo, personal y difícilmente transferible.

Esta dependencia del juez de su propio entorno, junto al carácter más o menos abierto pero siempre histórico del sentido del texto legal, explica la pluralidad interpretativa que los diversos órganos acaban produciendo. La jerarquización procesal ayudará a reducirla, matizando esa dependencia judicial. Prescindiendo de esa y otras instancias de control, entre las que el respecto al precedente (exigido lo por la igualdad) ocupa lugar destacado, no se haría homenaje alguno a la independencia de una subjetividad cuya eliminación es tan utópica como indeseable, dado que sin tales pré-juicios nunca habría juicio alguno. Vincular al juez al precedente es obligarle a controlar sus propios pré-juicios en diálogo con juicios propios y ajenos. Así se hará más dueño de sí mismo y aumentará también la dimensión externa de su independencia; porque nada arruina más la confianza en la Justicia que las apariencias de arbitrariedad (‘independencia’ sin control) en los encargados de realizarla” TASSARA, Andrés Ollero. **Igualdad em La aplicación de La ley e precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 83-84. Apud SOUZA, M. A. D. Op. cit. p. 292-293.

se que sendo o Judiciário e o Legislativo poderes constituídos dos Estados constitucionais devem atuar de forma autônoma e independentes aproximando o indivíduo desse Estado. Pertinente a lição de Jean Dabin:

(...) Não importa quão independentes, nesse sentido, soberanos eles possam ser, os tribunais Instituídos pelo Estado para administrar a justiça em nome do Estado são claramente depositários de uma parte da autoridade pública. Num outro aspecto, a lei que eles aplicam é basicamente a lei do Estado, quer a encontrem formulada em normas, quer tenham que elaborá-la eles mesmos. Pois esta muito bem reivindicar a separação do poder judicial dos outros poderes do Estado, o legislativo e o executivo, sob o pretexto de que os dois últimos representariam poder político, ao passo que o poder do juiz seria de natureza exclusivamente legal. Primeiro, é um equívoco opor a lei - a lei do Estado - à política; a lei, a regra de uma sociedade política, está necessariamente subordinada às finalidades da política. Além disso, na medida em que os tribunais têm de elaborar a lei, eles têm de fazê-lo muito como atividade do Estado e para seus fins, o que é uma tarefa política. Por fim, é ilógico considerar como não político o poder judicial quando este, no ausência de uma regra legal, tem permissão para suplementar o poder legislativo, que é eminentemente político¹⁹¹.

Não se vislumbra, nada obstante, qualquer desrespeito à separação dos poderes pela adoção de uma doutrina de respeito aos precedentes judiciais, sem que isto implique violação das competências legislativas, servindo ambas a um mesmo e maior propósito: a consecução dos valores constitucionais do Estado.

Originalmente, o juiz, no *common law*, estaria muito mais livre para julgar e decidir do que seus pares do *civil law*, e a separação dos poderes muito mais preservada. Perceba-se que, sobre os ideários da Revolução Francesa, que deu ensejo à *civil law*, ao juiz sequer cabia a função de julgar, mas tão somente de aplicar a letra fria da lei, sem qualquer critério de valor ou mesmo de interpretação desta.

Luiz Guilherme Marinoni nos recorda:

(...) a Corte de cassação francesa, instituída em 1790, teve o intento de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões destoantes da lei. Antes da Cassação, os revolucionários tentam impedir o Judiciário de interpretar a lei instalando um órgão legislativo ao qual os juízes deveriam recorrer em caso de falta de clareza ou dúvida acerca do direito criado pelo

¹⁹¹ DABIN, Jean. Teoria geral do direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). Os grandes filósofos do direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 476. *Apud* SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 296.

Legislativo. Afirmou-se que, na excepcionalidade de conflito de normas, obscuridade ou falta de lei, o juiz deveria obrigatoriamente apresentar a questão ao Legislativo para realização da “interpretação autorizada”¹⁹².

Além de muito mais restrito, a função de legislar e julgar cabia ao próprio Legislativo que dava a correta interpretação da “sua” lei, quando o Judiciário extrapolava sua função de mero aplicador daquela, em nítida submissão deste àquele.

Ilusória a ideia de que a lei, desvinculada da jurisprudência, poderia aproximar-se dos princípios enunciados pela revolução. Nesta medida, reconhece-se que os precedentes exercem importante papel na consecução dos ideais do estado constitucional.

Muitas das desvantagens apontadas à doutrina dos precedentes, como se viu, podem ser de certo modo criticamente refutadas e algumas até antagonicamente consideradas como verdadeiras vantagens desta ordem. Não que na prática exista um sistema perfeito, mas há demonstração de que alguns preconceitos devem ser despidos e muitas vantagens podem ser aproveitadas. Obviamente persistem, ainda, muitas críticas, porém ante a extensão e objetivo do presente trabalho satisfaz-se com as aqui apresentadas, não se olvidando, contudo, da análise crítica das vantagens ou virtudes igualmente apontadas pela doutrina.

3.4.2 Virtudes da Doutrina dos Precedentes Obrigatórios

Muitas são as virtudes enunciadas pela doutrina da adoção de uma teoria de precedentes obrigatórios, a principal, sem dúvidas, é a estabilidade conferida por ela.

Não é possível pensar-se em segurança jurídica ou mesmo em Estado de Direito, se não se tiver em mente a necessidade de preservação e de consecução da estabilidade do Direito. “A ordem jurídica deve ter um mínimo de continuidade, até para que o Estado de Direito não seja um Estado provisório, incapaz de se impor

¹⁹² MARINONI, L. G. O precedente na dimensão da segurança jurídica.

enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e pontencialidade de se impor aos cidadãos”¹⁹³.

A estabilidade é um elemento de incontestável relevância para qualquer sistema jurídico, sendo o respeito aos precedentes um dos fatores a contribuir para que ela seja alcançada, como destaca Luiz Guilherme Marinoni:

Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se vêem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua "justiça" e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões¹⁹⁴.

Eugen Ehrlich, um dos fundadores da jurisprudência sociológica e um dos líderes do movimento do Direito livre, esclarece:

A norma de decisão contém a proposição geral em que se baseia a decisão e, desse modo, estabelece a pretensão de que é uma verdade válida, não apenas para o caso específico, mas também para todo caso igual ou parecido (...)

Essa é a lei da estabilidade das normas legais, que é de tão imensa importância para a criação do direito. Ela baseia-se, em primeiro lugar, na psicologia social. Dar decisões contrárias em casos iguais ou parecidos não seria direito, mas sim arbitrariedade e capricho. Também se baseia numa certa saudável qualidade econômica de pensamento. O gasto de trabalho intelectual que, sem dúvida, está sempre envolvido na procura de normas de decisões, muitas vezes pode ser evitado dando-se uma decisão segundo uma norma que já foi encontrada. Além disso, há uma grande necessidade social de normas estáveis, o que torna possível, em certa medida, prever e prever as decisões e, desse modo, colocar um homem em condições de tomar as providências necessárias de acordo com isso¹⁹⁵.

Como se vê, a estabilidade é apenas um dos galhos do grande tronco que sustenta o Estado de Direito, que é a segurança jurídica. Ao lado dela estão diversos outros valores que derivam desse mesmo ramo, como é o caso da previsibilidade,

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ EHRlich, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. in: MORRIS, Clarence (Org.). Os grandes filósofos do direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martin Fontes, 2002. p. 459. Apud SOUZA, M. A. D. Op. cit. p. 299.

da igualdade e do acesso à Justiça. A estabilidade não é e nem poderia ser um valor absoluto.

É possível que o Direito clame por alterações em sua ordem, rompendo momentaneamente com a estabilidade preservada, o que pode ser salutar e necessário para o Direito não se torne uma ciência fechada e obsoleta. Às vezes é necessário retirar as folhas amareladas e podar um ou outro galho de uma árvore para que esta possa se renovar e frutificar novamente. Não se pode, porém, arrancar-lhe de uma só vez todos os galhos e folhas, sob pena do próprio tronco vir a perecer. A estabilidade, igualmente, pode ser podada, desde que necessária para frutificação do Direito e mantida a segurança jurídica em suas demais facetas.

A previsibilidade é, sem dúvidas, uma das facetas da segurança jurídica, agregando a qualidade capaz de imprimir certeza ao Direito e ensejar confiança aos seus destinatários, ainda quando anunciada a quebra da estabilidade. Um Direito estável será necessariamente previsível, em que pese a recíproca não ser sempre verdadeira.

A previsibilidade, como já anunciado no capítulo anterior, é requisito de segurança jurídica e, com ela, uma das estruturas fundantes do Estado de Direito. Como bem assinalado por Luiz Guilherme Marinoni, “a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’”¹⁹⁶.

Essa previsibilidade, contudo, só é alcançada quando o ordenamento fornece ao indivíduo os subsídios suficientes para que este possa conhecer quais as regras pré-estabelecidas, como também prever como essas regras serão aplicadas - seja para fazer cumprir o direito anunciado quando desrespeitado, seja para poder conscientemente planejar suas condutas em consonância com o Direito.

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem

¹⁹⁶ MARINONI, L. G. O precedente na dimensão da segurança jurídica.

contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades¹⁹⁷.

Parece lógico que essa previsibilidade esteja mais bem protegida quando o jurisdicionado pode confiar não apenas na lei escrita que, como visto, pode comportar diversas interpretações, mas, especialmente, quando ele pode confiar nas próprias interpretações conferidas pelo Judiciário ao Direito que é de fato o poder legitimado para conferir certeza ao Direito¹⁹⁸.

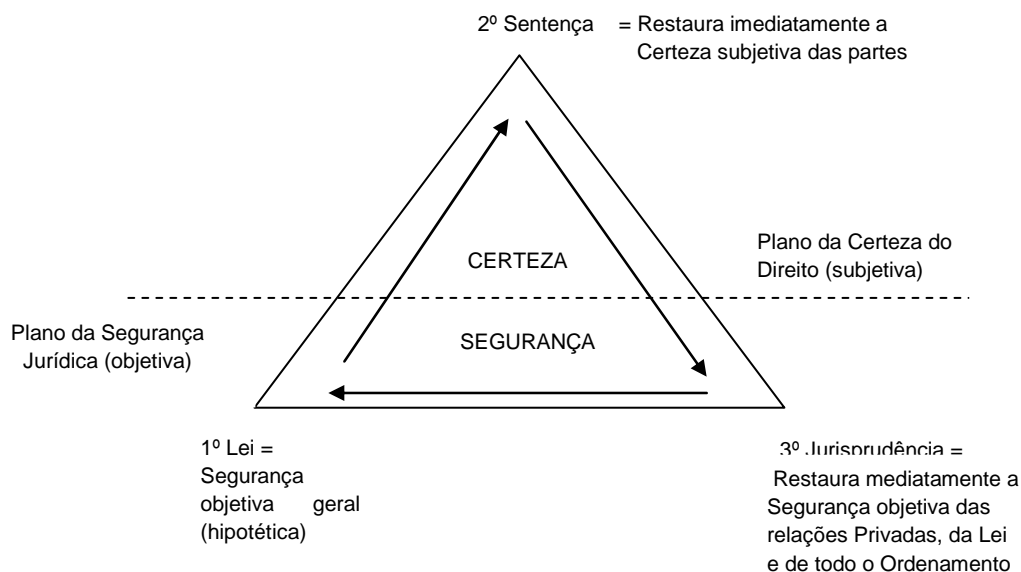
Ao contrário do que pode se supor dentro de um raciocínio limitado à *civil law*, a decisão judicial não confere certeza do direito apenas às partes envolvidas no processo, encerrando a discussão judicial por meio da coisa julgada. Ainda, quando essa coisa julgada possua efeitos *erga omnes*, a certeza conferida pela decisão judicial vai além da tutela concreta do direito dos cidadãos submetidos àquela decisão. A certeza conferida pela decisão judicial é aquela certeza conferida ao próprio Direito, é a anunciação de como o Direito é e deve ser na vida real, conferindo não só às partes a certeza da sua aplicação, mas a todo aquele que se um dia submeter-se ao judiciário, que saberá exatamente o que dele esperar, ultrapassando o campo subjetivo e transmutando-se em uma certeza (ou segurança) objetiva.

Carlos Aurélio Mota de Souza apresenta a seguinte perspectiva ilustrativa¹⁹⁹:

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ Registre-se, ainda, que além da certeza conferida pela decisão, esta é capaz de conferir muito mais precisão ao Direito, uma vez que o faz no caso concreto podendo trabalhar com base em situações reais. Jacqueline Martins, explica com base no direito inglês: “como os princípios do Direito são expostos em casos verdadeiros, Direito torna-se muito preciso; é bem ilustrado e gradualmente construído através de diferentes variações dos fatos nos casos que chegam perante as cortes”. (No original: “as the principles of the law are set out in actual cases the law becomes very precise; it is well illustrated and gradually build up through the different variations of facts in the cases that come before the courts”) MARTINS, Jacqueline. *English legal system*. London: Hodder & Stoughton, 1999. p. 33. Apud SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 302.

¹⁹⁹ SOUZA, C. A. M. *Op. cit.* p. 109.



O Direito, seja ele escrito ou costumeiro, apenas confere ao jurisdicionado certo regramento geral e abstrato, ou seja, somente serve para regular as questões em abstrato. Com base nesse Direito, as pessoas podem até planejar suas condutas, contudo, quando essas normas não se mostram suficientes a regular a vida concreta da sociedade é que surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, para determinar qual efetivamente a norma jurídica a ser aplicada e como se deve dar essa aplicação.

É evidente existir o Judiciário somente porque as normas por si só não são capazes de conferir paz social. Relevar o papel do Judiciário a um papel acessório, como nas origens do *civil law*, é sonegar a própria ideia de segurança jurídica.

Um sistema de respeito aos precedentes tem demonstrado ser infinitamente mais capaz de propagar a segurança jurídica através da previsibilidade e da proteção da confiança. Essa ideia está traduzida na doutrina do *stare decisis*:

(...) o sistema de *common law*, mediante o instituto do *stare decisis*, possui plena capacidade de garantir a previsibilidade, demonstrando grande preocupação com a segurança das relações sociais, para o que a certeza do direito é imprescindível. Constitui lugar comum, na literatura inglesa e estadunidense, a afirmação de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. O *stare decisis* é visto como instituto disciplinado para garantir a segurança jurídica. Lembre-se que Hale disse que o *stare decisis* tinha como objetivo satisfazer a exigência de certeza formal. Mais do que isto, o célebre artigo de Goodhart, de 1934, apresentou a ideia de que a

certeza jurídica seria a mais importante causa para a instituição do *stare decisis* ou para o estabelecimento de um sistema de precedentes vinculantes²⁰⁰.

Esclareça-se que a previsibilidade está presente no *common law*, contudo, isso não autoriza a conclusão de que em um sistema de *civil law* a instauração da insegurança seja autorizada, como adverte Luiz Guilherme Marinoni:

E não se pense que a garantia de previsibilidade das decisões judiciais é algo que diz respeito ao sistema de *common law* e não ao de *civil law*. Ora, tanto as decisões que afirmam direitos independentemente da lei quanto as decisões que interpretam a lei, seja no *common law* ou no *civil law*, devem gerar previsibilidade aos jurisdicionados, sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança²⁰¹.

Qualquer sistema jurídico que tenha como fundamento o Estado Constitucional tem o dever de zelar pela segurança jurídica conferindo previsibilidade aos jurisdicionados e “para que exista segurança jurídica há que se tutelar a confiança do jurisdicionado, no exato sentido de previsibilidade”²⁰². Afinal, um indivíduo somente pode confiar naquilo que pode prever.

O Estado Democrático de Direito pressupõe, ainda, que haja igualdade no seio da sociedade. O Estado precisa conferir a todos igualdade, igualdade esta muitas vezes propagada como “igualdade perante a lei”. O princípio da igualdade deve nortear não apenas o Poder Legislativo que se obriga a não criar desigualdades legais, mas também ao Poder Executivo, na administração do Estado e na execução dos preceitos Constitucionais e legais, uma vez que tem sua atuação vinculada a estes, principalmente com relação ao Poder Judiciário que, em última análise, é quem pode criar a norma individual e concreta resolvendo os conflitos sociais e revendo a legalidade da atuação do Estado. Num sistema que admite o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, é este o grande guardião do princípio da igualdade devendo fazer valê-lo não apenas no âmbito externo de sua atuação, mas também internamente à sua própria atuação.

²⁰⁰ MARINONI, L. G. O precedente na dimensão da segurança jurídica.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ibidem*.

Não basta que haja uma lei conferindo igualdade aos jurisdicionados perante o processo judicial, que esta norma seja observada internamente ao processo, é necessário ainda que, além do processo em julgamento, o Judiciário efetivamente garanta a igualdade, como o preceito contido na máxima do *common law* “*treat like cases alike*”. Conferir tratamento igual a casos semelhantes é aplicar a mesma regra/decisão aos casos que preenchem as mesmas circunstâncias, é conferir ao precedente judicial valor e imprimir efetividade às decisões.

Robert Rosas e Paulo Cezar Aragão lecionam:

O princípio da igualdade de todos perante a lei parecerá irrealizável, se a lei for interpretada de modo diverso, apesar de serem idênticas as situações. Não importa tanto a concepção do igualitarismo jurídico, mas sim a forma e a moralidade que o condicionaram, como frisou Kelsen. **O homem do povo não concebe duas decisões antagônicas resolvendo a mesma tese, o mesmo princípio, o mesmo fato. Por isso, José Alberto dos Reis, dissera: que importa a lei ser igual para todos, se for aplicada de modo diferente a casos análogos?** Antes jurisprudência errada, mas uniforme, de que jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme cada um sabe, com o que pode contar; perante jurisprudência incerta, ninguém está seguro do seu direito. E a inconstitucionalidade dessa aplicação? **A Constituição Federal erige a igualdade de todos perante a lei como o primeiro dos direitos e garantias individuais; logo, se a lei é uma, não admitirá duas teses conseqüentes. O fato de uniformizar-se a jurisprudência não significa estiolar a interpretação do Direito e da lei**²⁰³.(grifos no original)

O *stare decisis* vem ao encontro deste clamor. A vinculação das decisões judiciais garante não apenas estabilidade, previsibilidade e confiança, mas acima de tudo garante igualdade. Igualdade que, conjugada com os demais preceitos anunciados, reforça a credibilidade e a efetividade da Justiça, permitindo que esta efetivamente se aproxime da justiça que lá se busca.

Por fim, mas não menos importante, registre-se que um sistema que adota a teoria dos precedentes obrigatórios, além de visivelmente se aproximar dos ideais do Estado moderno, imprimindo maior valor e efetividade à Constituição e aos Direitos do Homem e do Cidadão, tende a ser um sistema mais enxuto e efetivo.

Time-saving é a expressão utilizada para traduzir celeridade, conferida pelo uso dos precedentes obrigatórios que, além de poupar tempo do próprio julgador quando da reprodução de princípios já estabelecidos, confere a este maior

²⁰³ ROSAS, Robert. ARAGÃO, Paulo Cezar. *Op. cit.* p. 27-28. *Apud* SOUZA, M. A. D. *Op. cit.* p. 305.

credibilidade, diminuindo-se a exacerbada quantidade de recursos e a repetição dos mesmos. Uma aplicação estável e segura do Direito gera, também, ao jurisdicionado, o poder de planejar suas condutas, bem como de saber seguramente o que esperar o Judiciário diante de seus conflitos concretos. Desta forma, o ajuizamento de demandas é realizado de forma bastante consciente e calculada, diminuindo-se as inúmeras demandas desfundadas.

Um processo mais simples, mas rápido e efetivo, é certamente um processo mais justo.

A adoção de um sistema de vinculação dos precedentes é, portanto, um mecanismo que permite a efetiva aproximação daquele antigo e distante ideário de efetivo acesso à Justiça.

Diante deste apanhado de ideias, foi possível perceber que o *stare decisis* ou a vinculação dos precedentes judiciais não é algo inimaginável ou ininteligível no Direito brasileiro. No capítulo seguinte, será possível reunir algumas das muitas vantagens aqui enunciadas e repensá-las como importantes instrumentos a auxiliar na solução, ou ao menos na minimização, de inúmeros dos problemas que assolam o Judiciário brasileiro.

4 A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL: NECESSIDADE DE ESTABILIDADE

4.1 A TRADIÇÃO DO *CIVIL LAW*

As tradições do *common law* e do *civil law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais distintas, “o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas particulares, definidas por institutos e conceitos próprios”²⁰⁴, fazendo surgir dois sistemas jurídicos, a princípio, distantes em seus ideais e em sua prática²⁰⁵.

Durante a Idade Média, a ausência da figura do Estado como entidade abstrata possibilitava ao poder político se concentrar nas mãos do rei ou soberano, legitimado pelo direito natural e pela noção de “leis fundamentais” impostas por Deus, de caráter imutável. Na condição de enviado de Deus, o soberano não só podia interpretar tais leis, como também elaborar novas leis²⁰⁶, baseado em um

²⁰⁴ MARINONI, L. G. (Coord.). *Op. cit.* p. 7.

²⁰⁵ Victoria Iturralde Sesma define sistema jurídico como “um conjunto de instituições jurídicas, procedimentos e regras”, enquanto a tradição jurídica seria “um conjunto atitudes profundamente enraizadas e historicamente condicionadas, sobre a natureza da organização e do funcionamento do sistema jurídico e à forma como o direito é ou tem de ser criado, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica relaciona o sistema jurídico com a cultura a qual é expressão parcial. Define o regime jurídico na perspectiva cultural”. (No original: “*Deja claro desde el primer momento la autora que no es lo mismo sistema jurídico que tradición jurídica, definiendo sistema jurídico como ‘un conjunto de instituciones jurídicas, procedimientos y normas’, mientras que la tradición jurídica sería ‘un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, sobre la naturaleza del derecho, la organización y funcionamiento del sistema jurídico, y acerca de la manera en que el derecho es o tiene que ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es expresión parcial. Pone el sistema jurídico en la perspectiva cultural’*”). ITURRALDE SESMA, Victoria. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995. p. 14. *Apud* RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho*. In: **Revista de Administración Pública**. n. 157. jan.-abr. 2002. p. 89-118.

²⁰⁶ “Os Códigos são fenômenos típicos do paradigma iluminista, racional, expressão máxima do positivismo científico em matéria jurídica. Não obstante, a função especificamente desempenhada pelo Príncipe, no ato de sua elaboração, reveste-se de um certo caráter jusnaturalista — insuficiente a descaracterizar seu cunho predominantemente racionalista, mas apto a reivindicar certa dose de prudência na tentativa de se esgotar a complexidade deste fenômeno em uma ou outra categoria normativa estanque — na medida em que o Soberano adquire a capacidade de ‘ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser legitimamente pensadas como universais e eternas, como se fossem a tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que rege o mundo’. A razão que fundamenta a outorga deste múnus ao Príncipe é a crença em sua capacidade de apreensão da realidade da vida, ou seja, a idealização do Soberano como um ser superior às paixões e minúcias próprias à existência dos particulares, dotado de certas virtudes que lhe permitiram realizar uma leitura imparcial e objetiva da realidade cotidiana da vida (ser) e uma correlata formulação de proposições jurídicas que lhes pudessem descrever, dirigir e corrigir o que se desviasse do “desejado” pelo poder (dever-ser)”. PAGANINI, Juliano Marcondes. **A segurança**

poder divino não contestado pela população. Esta concepção jusnaturalista de legitimação do poder político pela vontade divina constituiu, até o fim do século XVIII, o único fator limitador da autoridade do soberano, incentivando, inclusive, regimes absolutistas. Isto só foi superado quando seus defensores perderam força política, com o fortalecimento de uma noção de Estado, baseada em um sistema judicial de garantias. A partir deste momento, percebe-se uma nítida cisão com relação às tradições que deram origem aos sistemas de *civil law* e *common law*²⁰⁷.

O *civil law* surge, então, dos ideário da Revolução Francesa. Procurando, inexoravelmente, afastar o absolutismo e com ele a discricionariedade do Poder Judiciário que sabidamente servia ao poder do Antigo Regime.

O Poder Judiciário da época era evidentemente parcial aos interesses da aristocracia. Os cargos da magistratura eram hereditários, podendo inclusive servir de moeda de negócio aos interesses da classe dominante, mais precisamente dos senhores feudais, que compravam e vendiam seus cargos conforme seus interesses pessoais. Havia um claro comprometimento deste Poder com o poder que emanava da monarquia e contra o qual se insurgiram os revolucionários.

O Poder Judiciário da Revolução Francesa não merecia confiança. Os pilares da Revolução consubstanciados no trinômio “liberdade-igualdade-fraternidade”, somente poderiam prevalecer mediante o respeito ao princípio da legalidade, com a submissão de todos, inclusive do Judiciário, à lei.

Com o estabelecimento da República, o Estado de Direito passou a ser aquele ditado pela lei vinda do Parlamento, como representação da vontade de todos, herança do Iluminismo e do culto à lei, que, sendo a expressão da vontade geral, não poderia violar qualquer liberdade²⁰⁸.

Diante desta realidade, premente se fez limitar o poder de julgar, através de uma teoria da separação dos Poderes. Ao Legislativo cumpriria de fato a criação das leis dentro dos interesses daqueles que lhe outorgaram o poder – o povo. Ao Executivo cumpriria, apenas, executar a lei, nada mais. Ao Judiciário, igualmente,

jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. in: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes.** Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 129-147.

²⁰⁷ Cf. GROTE, Rainer. **Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments.** Disponível em: www.eur.nl/frg/iac/papers/grote.html. Acesso em: 15 abr. 2009. p. 1-2.

²⁰⁸ Idem., p. 6-7.

cumpriria tão somente aplicar a lei, sem qualquer margem de ingerência ou mesmo interpretação.

Montesquieu, grande idealizador desse propósito, pensou em uma teoria capaz não apenas de limitar o poder do Judiciário, mas também de submetê-lo ao poder do Parlamento, a fim de preservar-se a tal almejada liberdade. Anotem-se suas palavras:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor²⁰⁹.

É luzente a falta de credibilidade do Judiciário e o certo temor que se tinha com relação aos seus atos, mandos e desmandos. Montesquieu conhecia bem a realidade, como destaca Luiz Guilherme Marinoni:

Lembre-se que Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o “poder de julgar” não estivesse separado dos poderes legislativo e executivo, partiu da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juizes da sua época. Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement de Bordeaux*, como o nome “Montesquieu”. O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juizes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes²¹⁰.

Eis como se proclamou que “o julgamento não poderia ser ‘mais do que um texto exato da lei’; o juiz deveria ser apenas a *bouche de la loi*, ou seja, um juiz passivo e sem qualquer poder criativo ou de *imperium*”²¹¹.

Com a ideia de supremacia da lei e do parlamento no *civil law*, a produção legislativa, especialmente dos códigos, se proliferou, formando-se a ideia de

²⁰⁹ Charles-Louis de Secondat (Barão de Montesquieu). **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural. 1973. p. 157. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *In*: DIDIER JR, Fredie (Org.). Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2. p. 533-588.

²¹⁰ MARINONI, L. G. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.

²¹¹ *Idem*.

completude do sistema a partir da lei. Acreditava-se que somente a lei poderia conferir certeza, previsibilidade e garantir a estabilidade do ordenamento, protegendo as liberdades e garantido a igualdade conquistadas com a Revolução. Houve uma verdadeira substituição do absolutismo do rei pelo absolutismo da lei.

Porém, não é a existência de leis ou códigos que tornou os sistemas de *civil law* e *common law* tão distintos em sua origem. Não se ignora que, no *common law*, também existam normas positivadas pela lei. A grande questão não reside na lei escrita, mas na função atribuída aos juízes e à margem a eles conferida, não apenas de criação do próprio Direito na omissão da lei, mas também na interpretação das normas legais e no seu controle diante da Constituição.

Na Inglaterra, ao contrário do que aconteceu na França, a Revolução Gloriosa de 1688, ao invés de afastar o Poder Judiciário, enxergou neste um grande aliado contra os desmandos do absolutismo. Tanto o Legislativo, quanto o Judiciário, possuíam o mesmo objetivo imediato, que era a proteção dos direitos e garantias individuais.

Com vistas à manutenção do Direito inglês – que, leia-se, não é apenas aquele traduzido no texto legal, mas também aquele pautado nas tradições desse Direito²¹² – criou-se a chamada supremacia do parlamento inglês (*supremacy of the English parliament*). Este gerou não o absolutismo da lei, mas semeou juntamente com aquele o germe da supremacia do judiciário (*supremacy of judiciary*), posto que juntos construíam um sistema de manutenção do Direito existente e limitação do poder do monarca pelos direitos e liberdades do povo inglês, sem que Legislativo e Judiciário precisassem conflitar.

A supremacia do parlamento inglês não surgiu para controlar o Poder Judiciário inglês, mas para ordenar as colônias inglesas que estavam em franco desenvolvimento. Através de Cartas do Parlamento inglês, as colônias tomavam conhecimento do Direito inglês – que, se repita, não estava pautado apenas nas leis – ficando obrigadas a criar suas normas e aplicá-las de modo que estas estivessem em conformidade com a Constituição inglesa e seu Direito.

²¹² GROTE, R. *Op. cit.* p. 3.

Perceba-se que, a partir deste momento, ao invés de prestigiar-se o Poder Legislativo das colônias, fora o Poder Judiciário que se revestiu de poder e soberania, uma vez que foi a ele conferida a missão e o dever de controlar a produção legislativa da colônia, fazendo o controle e a aplicação da lei, de forma que esta correspondesse aos proclames da Constituição e do Direito inglês.

Não houve, no Direito inglês, uma ruptura em absoluto com o sistema antigo, como ocorreu na França. A Revolução não foi propriamente revolucionária criando uma nova ordem. Seu caráter foi muito mais conservador. As tradições foram mantidas e apenas o poder da monarquia foi limitado aos interesses do povo²¹³. Ao juiz era conferido o franco poder de interpretação do Direito, quebrando-se o critério de generalidade da norma e aplicando-a e adequando-a ao caso concreto.

O cerne do *common law* se manteve através dos séculos. Certamente muitos de seus institutos foram aprimorados, mas a ideia central de conferir poder aos juízes e da adoção de um sistema de observância dos precedentes como fonte primária de direito, manteve-se hígida.

O mesmo não ocorreu com o *civil law*. Os dogmas criados com a Revolução Francesa, a separação absoluta dos Poderes e a suficiência da lei imune a interpretações, não sobreviveram aos fatos históricos e à evolução dos diversos sistemas jurídicos que o aplicavam.

Como ocorre em todas as revoluções, essa também estava permeada de ideais e utopias. O pressuposto de que a lei estava imune à interpretação e a juízos de valor e, por isso, traria segurança e justiça aos cidadãos, logo faliu.

Montesquieu chegou a reconhecer e afirmar que:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor²¹⁴.

²¹³ A diferença entre a Constituição inglesa e as demais constituições européias residia no fato de que aquela tratava de todas as questões fundamentais do reino, e não apenas as questões objeto de controvérsia advindas dos reinados anteriores. Na Inglaterra, a constituição tinha o papel primário de proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do Estado, com atenção especial a três “direitos primários” de todo inglês: segurança, liberdade e propriedade privada. (Cf. GROTE, R. *Op. cit.* p. 2-3).

²¹⁴ MARINONI, L. G. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.

Certamente, ao proferir essas declarações, Montesquieu não poderia prever o que viria a ocorrer séculos depois, durante a Segunda Guerra Mundial. O nazismo foi, sem dúvidas, o testemunho mais cruel de que a lei não pode servir de apoio para a personificação do sofrimento. Após o fim do holocausto, muitos agentes da SS colocaram-se diante dos Tribunais afirmando-se inocentes, porque, afinal, simplesmente cumpriram a lei – que contraditoriamente aos valores que deveria proteger, pregava a supressão da liberdade de um povo e retirava-lhe toda dignidade e humanidade.

Muitos outros exemplos históricos poderiam ser trazidos, porém, o que importa perceber é que a lei, despida de qualquer princípio e valor, mostrou-se um perigoso instrumento de opressão e injustiças, afastando-se obviamente dos preceitos de liberdade e igualdade, que regaram o nascimento do império das leis. Luiz Guilherme Marinoni observou: “se a lei vale em razão da autoridade que a edita independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não há como direcionar a produção aos reais valores da sociedade”²¹⁵.

Após a Segunda Guerra, houve a necessidade de rever o conceito de Estado de Direito em resposta aos regimes totalitários, legitimados por ordenamentos jurídicos axiologicamente vazios, tomando, como base de uma nova concepção de Estado de Direito, o suporte nos direitos humanos.

O Estado de Direito passa, então, a substituir o fundamento da lei, pura e simples, pelos preceitos constitucionais, especialmente os “direitos humanos, reconhecidos como valores éticos supremos, e identificados como fins últimos da comunidade política”²¹⁶. As leis passaram a sofrer impacto valorativo, passaram a ser confrontadas com a Constituição e seus valores, permitindo-se que a interpretação seja realizada pelos juízes e suas ponderações sirvam ao sistema em paridade com a norma escrita, em nítida aproximação com os valores da *common law*, evidenciando:

Também é responsável por essa aproximação a emergência do constitucionalismo contemporâneo, cujo perfil assenta-se na inclusão, do

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. p. 26-27.

²¹⁶ DRUMMOND, P. H. D. CROSETTI, P. S. *Op. cit.*

ponto de vista material, de elementos normativos diretamente vinculados a valores e opções políticas fundamentais. “A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples”²¹⁷, a exemplo do nazismo e do fascismo²¹⁸.

O neoconstitucionalismo chamou a atenção para a necessidade de controle dos atos do Estado e sua conformação com a Constituição, seus valores e princípios. Foi conferido ao Judiciário o dever de proteção final da Constituição através de um sistema de controle de constitucionalidade.

Cumprido ao Judiciário a interpretação da lei de acordo com a Constituição, sendo legitimado a não aplicar a norma inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade de lei), ou afastar as interpretações inconstitucionais propostas para a norma (declaração parcial de nulidade sem redução de texto). Pode, ainda, agregar conteúdo à lei, tornando-a conforme à Constituição (interpretação conforme) e gerar a regra necessária à proteção do direito fundamental, quando inexistir norma legislativa (controle da omissão inconstitucional). Por fim, cabe, ainda, ao Judiciário, promover a proteção dos direitos fundamentais, quando estiverem em aparente conflito (aplicação da regra do balanceamento)²¹⁹. O sistema, por si só, evidencia a mudança de paradigma adotado no sistema brasileiro e na quase totalidade dos países do *civil law*.

A valorização do Judiciário, no sistema brasileiro, foi tamanha que o controle da constitucionalidade das normas não foi apenas conferido a uma Corte, mas também a cada juiz brasileiro. Além do controle abstrato, conferido ao Supremo Tribunal Federal, todo magistrado brasileiro possui o poder de, em concreto, controlar a constitucionalidade das normas.

Mais do que isso, conferiu-se a esses agentes o poder de, além de afastar a lei inconstitucional, o poder/dever de, na falta dela, garantir a validade e a aplicação dos direitos fundamentais no caso concreto, em manifesta atividade criativa.

²¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Daniel Sarmiento, Flávio Galdino (orgs.). p. 34.

²¹⁸ DRUMMOND, P. H. D. CROSETTI, P. S. *Op. cit.*

²¹⁹ MARINONI, L. G. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo. p. 100.

Se há normas que violam de justiça e os direitos fundamentais, existem também omissões, ou ausência de normas, que agridem esses mesmo princípios e direitos.

Por isso, não há razão para entender possível o controle da constitucionalidade da lei e julgar inviável o controle da constitucionalidade da falta da lei. Ora, se o juiz deve controlar a atividade legislativa, analisando a sua adequação à Constituição, é pouco mais do evidente que a sua tarefa não deve se ater apenas à lei que viola um direito fundamental, mas também à ausência de lei que não permite a efetivação de um direito desse porte²²⁰.

Além do impacto do neoconstitucionalismo, o ordenamento passou a aceitar cada vez mais normas abertas, conceitos abstratos e princípios gerais que exigiam vasta interpretação por parte dos intérpretes, incluindo-se, obviamente, o Poder Judiciário, que é seu intérprete por excelência. Percebeu-se que a lei jamais poderia abarcar todas as situações materiais existentes, não podendo conceber-se um ordenamento jurídico absolutamente fechado sem a necessária integração do Judiciário para o funcionamento e o aprimoramento do sistema.

Note-se que a ideia de generalidade da norma era o próprio corolário da liberdade e da igualdade formal pregada pelo Estado Liberal. Tal característica “era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos – que por ser ‘iguais’ deveriam ser tratados sem discriminação”²²¹. Perceba-se, assim, que o “Estado liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as necessidades sociais”²²².

Cessa a ideia de que os textos legais eram tão claros e completos que apenas comportariam uma única interpretação. Ao invés disso, criam-se textos legislativos que propositalmente não induzem a uma única interpretação, deixando uma margem bastante ampla para sua aplicação diante do caso concreto, tarefa, obviamente, conferida ao juiz. O poder conferido ao juiz da *civil law* encurta ainda mais a distância com relação aos valores perseguidos pela *common law*:

As perspectivas de convergência, entretanto, colocam-se de forma particular em relação a uma maior “abertura” de ambas as tradições no que diz respeito à criatividade da jurisprudência, ainda que esse incremento da atividade judicial seja mais evidente nos países de *civil law*, e nestes,

²²⁰ Idem., p. 62.

²²¹ Idem., p. 27.

²²² Ibidem.

justamente pelo imaginário com que o direito foi historicamente pensado, encontre maior rejeição²²³.

A atividade jurisdicional foi evidentemente valorizada e sua autoridade reconhecida, permitindo ao sistema processual brasileiro a adoção de alguns procedimentos que visem à garantia maior dos direitos fundamentais, especialmente, aqueles pautados na igualdade e na justa duração do processo. Há algum tempo já se vem criando, no Brasil, dispositivos que aproximam a imagem de respeito a precedentes, ou ao menos, dispositivos que curvam os entendimentos singulares e dispersos à jurisprudência dominante dos Tribunais, podendo-se citar, exemplificativamente, os artigos 475, § 3º, 557, 544 § 3º e 4º, 518, § 1º, 285-A e 543 do Código de Processo Civil, além da súmula vinculante prevista no art. 103-A da Constituição da República.

As situações históricas e culturais que geraram o afastamento dos dois sistemas (*civil law* e *common law*), portanto, não existem mais. “A radical contraposição entre *common law* e *civil law*, própria ao antigo direito comparado, vem sendo deixada de lado em favor da idéia de que estes sistemas constituem dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental”²²⁴, cada vez mais próximos.

Proclama Luiz Guilherme Marinoni:

Apesar das transformações que se operaram no *civil law* - inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo -, há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *common law* de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes²²⁵.

Já é chegada a hora, portanto, de se abandonarem a ignorância e o desinteresse com relação aos institutos da *common law* e pensá-los de forma racional e útil ao sistema que nos serve²²⁶. Apesar de o sistema brasileiro estar

²²³ DRUMMOND, P. H. D. CROCETTI, P. S. *Op. cit.*

²²⁴ MARINONI, L. G. (Coord.). **A força dos precedentes**. p. 7.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ “Porém, quando se “descobriu” que a lei interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, curiosamente não se abandonou a sua posição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir

enraizado no sistema de *civil law*, isto não impede de se observar e de se aderir aos institutos criados na *common law* que são compatíveis ao sistema atual.

O Brasil não pode mais negar o grande carnaval que se instaurou dentro dos tribunais brasileiros, o caos da estabilidade e a inexistência completa de previsibilidade que permeia o sistema.

Como se demonstrará, o Brasil necessita e comporta uma aplicação moderada dos institutos do *stare decisis*, especialmente no que se refere à racionalidade quanto à superação dos entendimentos consolidados nas Cortes brasileiras.

4.2 O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Um Estado é, sobremaneira, formado por uma série de opções políticas, e a adoção do sistema judiciário de um Estado não poderia ser diferente.

Não é demais lembrar que, na pré-história, não existia um Estado capaz de editar normas jurídicas e fazer observá-las. Aquele que tinha um interesse e queria vê-lo realizado o fazia através da força e, muitas vezes, pela da violência (violência não estatal, mas de certa forma tolerada pelo Estado a partir de seu surgimento). O que prevalecia era a “justiça do mais forte sobre o mais fraco”.

Considerando o Direito Romano, sabe-se que a denominada “justiça pública” consolidou-se apenas no período denominado *cognitio extra ordinem*. Até então - no período da *Legis Actiones* e do Processo Formular - a justiça guardava características privadas ou mistas, havendo a sua divisão em duas fases: *in iure* (perante o Tribunal ou fase pública) e *in iudicio* (na qual havia o julgamento do mérito por juiz privado)²²⁷. Apenas para elucidar o caráter privado do período, na *Legis Action*²²⁸ e a citação era um ato eminentemente privado, que cumpria

distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrina, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou”. *Idem.*, p. 8.

²²⁷ CORRÊA, Alexandre. **Manual de Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 76.

²²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 39-40.

exclusivamente ao autor, que não raras vezes, pela narrativa histórica, acorrentava o réu pelo pescoço para forçá-lo a comparecer até o juízo, para só então ser instaurado o processo.

É claro que medidas de violência como a que se acaba de narrar não podiam, e nem podem, mais ser toleradas pelo Estado. Chegado o período da *cognitio extra ordinem* a que se fez referência, a “justiça” ou sua administração passa a ser função estatal, mas especificamente passa a ser uma função jurisdicional do Estado²²⁹.

Se a jurisdição passa a existir como manifestação do poder do Estado, é evidente que ela terá diferentes objetivos, conforme seja o tipo de Estado e sua finalidade essencial²³⁰. A jurisdição “terá fins sociais, políticos e propriamente jurídicos, conforme a essência do Estado cujo poder deva se manifestar”²³¹.

O Estado brasileiro adotou a opção de estruturar-se por meio de um Estado Constitucional, ou melhor, um Estado Democrático de Direito Constitucional.

Como um Estado Democrático de Direito, o sistema jurídico deve ser composto por regras editadas democraticamente pelo Poder Legislativo e aplicadas democraticamente pelo Poder Judiciário.

No Brasil, é a Constituição que define a regra de estruturação dos poderes, sempre norteados pelos princípios e direitos que erigiu como fundamentos de sua criação²³².

A Carta Política de 1988 definiu a formação e a organização dos três poderes da República, atribuindo a cada um deles suas competências e atribuições, ressaltando, ao início, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²³³.

²²⁹ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 299-325.

²³⁰ Cf. MARINONI, L. G. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo. p. 21-152.

²³¹ *Idem.*, p. 31.

²³² Diz o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

²³³ Artigo 2º da Constituição da República de 1988.

A base do Poder Judiciário, contudo, não guarda características eminentemente políticas e democráticas. Os cargos dos juízes de primeiro grau são ocupados mediante concurso público de provas e títulos, sem aparente interferência popular. Tal opção, porém, foi uma tendência política da Carta Constitucional, e, portanto, democrática - ao contrário de outras nações democráticas que optaram por eleger direta ou indiretamente os membros do seu Poder Judiciário –, tal caráter é ainda acrescido de legitimidade através do contraditório instaurado internamente aos processos judiciais²³⁴.

O critério absoluto, objetivo e impessoal, de seleção, mediante concurso público, no sistema brasileiro, encerra-se, logo na primeira instância. Os cargos dos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e dos Territórios e dos Tribunais Regionais Federais e são compostos, não apenas por aqueles magistrados de carreira – aprovados mediante concurso público e cuja promoção se dá alternativamente por antiguidade e merecimento -, mas um quinto de seus membros será composto por membros do Ministério Público e de advogados.

A escolha desses membros é eminentemente subjetiva, prevalecendo apenas os critérios de exercício mínimo de 10 de carreira ou atividade profissional, notório saber jurídico e reputação ilibada. Esses membros serão indicados, em lista sêxtupla, pelos órgãos de representação das respectivas classes, e a partir dela reunidos em lista tríplice pelo Tribunal que a enviará ao Poder Executivo. Este “escolherá”²³⁵ um, dentre aqueles constantes da lista, para ocupar o cargo, com evidente carga política.

²³⁴ “Como o juiz não é eleito, a pergunta que deve surgir é no sentido de como o exercício do poder jurisdicional é legitimado. O exercício do poder jurisdicional somente é legítimo quando participam do procedimento que terminará na edição da decisão aqueles que serão por ela atingidos. Em outros termos, somente existirá procedimento legítimo e, portanto, processo, quando dele participarem aqueles que serão atingidos pela decisão do Juiz. Se o que importa é o princípio político da participação, no processo jurisdicional essa necessidade é representada pelo instituto do contraditório”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 55.

²³⁵ Veja-se o artigo 94, da Constituição da República de 1988: “Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, **escolherá** um de seus integrantes para nomeação”. (negritou-se)

Encerradas as instâncias ordinárias, nas esferas excepcionais do Poder Judiciário, a interferência política é ainda maior e preponderante. Fato pouco percebido no cenário jurídico brasileiro é o de competir privativamente ao Presidente da República nomear, após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores²³⁶. Todos os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça serão “**escolhidos** dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”²³⁷. Com relação à Corte Suprema (STF), sequer é necessário que os Ministros sejam membros de carreira da magistratura, do Ministério Público, ou, comprovadamente, exercentes da advocacia pública ou privada (advogados) – não há qualquer limitação ao poder de “escolha”²³⁸.

Perceba-se, assim, que as escolhas dos Ministros não se dão de forma objetiva e impessoal, mediante critérios legais bem estabelecidos. Sua nomeação é evidentemente política, feita por quem eleito autoridade máxima do Estado brasileiro e representante da nação – o chefe do Poder Executivo -, e, mediante aprovação, por maioria absoluta dos representantes eleitos democraticamente pelo povo para o exercício do Poder Legislativo.

Alexandre de Moraes anota:

Neste sentido, necessário apontar como requisitos de observância obrigatória na composição política da justiça constitucional, o pluralismo, a representatividade e a complementariedade, garantidores de sua legitimidade e protetores dos direitos fundamentais dos grupos minoritários que não tenham acesso aos ramos políticos dominantes.

A participação de todos os poderes na escolha dos membros que compõem o Tribunal Constitucional é indispensável, constituindo-se numa necessária legitimidade da justiça constitucional, que não deve converter-se somente no último degrau da carreira jurídica, pois como salienta Favoreu: “a sensibilidade política é evidentemente um importante requisito a ser analisado no momento da designação, em face das delicadas competências pertencentes a um Tribunal Constitucional” (FAVOREU, Louis. *La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutives*. In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 235); mas, também, não deve ser fator de

²³⁶ Artigo 84, inciso XIV, da Constituição da República.

²³⁷ Artigo 101 e 104 da Constituição da República.

²³⁸ Exceto aquelas referidas no artigo 101, já mencionado.

desquilíbrio institucional e excessivo fortalecimento do Presidente da República²³⁹.

Essas escolhas políticas, nada obstante, não deveriam retirar do Poder Judiciário – especificamente de seus órgãos de cúpula - a independência e a atuação apartidária de seus membros²⁴⁰. Agir politicamente não implica agir conforme este ou aquele interesse partidário ou pessoal²⁴¹, mas agir em interesse da sociedade na administração de seus valores – por excelência, valores constitucionais²⁴².

J. J. Calmon de Passos define:

(...) o magistrado, numa democracia, nem é o deus que alguns ingenuamente pensam que são, nem monarcas soberbos ou semideuses que olham de cima para baixo, com desprezo e piedade o restante dos mortais. Nem os senhores absolutos, que muitos desejam ser, mas um servidor indispensável e qualificado a quem se defere a delicada, difícil e desafiadora função de garantir um máximo de segurança para os integrantes do grupo social no avaliarem as consequências dos conflitos que se envolvem, buscando sempre e incansavelmente lograr o máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo colocou para os que

²³⁹ MORAES, Alexandre. Jurisdição constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana. *In: Revista de Direito Mackenzie*. ano 2. n. 2. p. 37-61.

²⁴⁰ Perceba-se que a própria garantia de vitaliciedade dos membros dos Tribunais Excepcionais garantem que, mesmo depois de encerrado um mandato político, suas funções e responsabilidades permaneçam inalteradas.

²⁴¹ “Ser político tornou-se quase sinônimo de marginalidade social e este foi o maior desserviço da ditadura militar. Talvez mais perverso que o próprio interregno da insanidade da repressão pós-67. A desqualificação do político leva à desqualificação do indivíduo como cidadão, acentuando no Direito sua face de pura dominação, antes que seu caráter de resultante da livre interação dos seguimentos sociais por meio da ação de seus atores”. PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.107.

²⁴² “A estrutura das fórmulas de princípio constitucional as atribuiria, de fato, ao campo de utilização ou de gestão ‘política’, irremediavelmente incompatível com a natureza das funções que são consideradas autenticamente judiciais, de acordo com nossa tradição do Estado de Direito. (...) As regras jurídicas que se enquadrem no âmbito de disponibilidade do legislador começaram a ser concebida apenas como uma das ‘caras’ do direito. Se estabelecerá como exigência normal fazê-la ‘concordar’ com a outra cara, a dos princípios consagrados na Constituição. A satisfação dessa exigência só poderia ser uma questão para a jurisdição”. (No original: “*La estructura de las fórmulas constitucionales de principio las adscribiría, en efecto, al campo de la utilización o gestión «política», irremediablemente incompatible con la naturaleza de las funciones que se consideran auténticamente judiciales, según nuestra tradición del Estado de derecho. (...) Las reglas jurídicas que caen en el ámbito de disponibilidad del legislador comenzarán a concebirse solo como una de las «caras» del derecho. Se establecerá como normal exigencia la de hacerla «concordar» con la otra cara, la de los principios contenidos en la Constitución. La satisfacción de esta exigencia solo podría ser, en última instancia, competencia de la jurisdicción*”). ZAGREBELSKY, Gustavo. Tradução de Marina Gascón. **El derecho dúctil**. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 112-113.

interagem na sociedade e nas soluções que lhes darão, quando fracassarem as instituições sociais nesta tarefa. Costumo afirmar que nada é mais significativo para diagnosticar a saúde política de um povo do que fazer uma análise realística do papel que nela desempenha a magistratura. E só no fato de ser o magistrado o referencial básico para isso já diz tudo sobre a importância do Judiciário, mas por igual sobre sua imensa responsabilidade²⁴³.

Além da legitimação originária e constitucional dada ao Poder Judiciário como um todo, e a legitimação por meio do contraditório no processo judicial, o exercício da jurisdição nos tribunais - precipuamente, os Tribunais Excepcionais - adquire legitimação ainda mais consonante com a ideia democrática.

É a própria Constituição que atribui aos Tribunais Superiores a competência, para, em última ou única instância, promoverem em definitivo a interpretação da norma em caráter infraconstitucional e promoverem a uniformização da jurisprudência quanto à lei. Ao Supremo Tribunal Federal foi atribuída a função de guardião da Constituição, sendo o responsável por promover e encerrar a perfeita confrontação da norma (e da sua interpretação) na esfera constitucional²⁴⁴.

Além da importante função de compor o ápice do Poder Judiciário, resolvendo em definitivo as questões postas em suas competências, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não têm suas funções reduzidas à revisão recursal. Seu controle vai além da correção das injustiças nas decisões de cortes inferiores, seu papel é controlar o ordenamento, controlando a legalidade e a constitucionalidade deste, respectivamente.

Eliana Calmon Alves explica a função uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça:

Nas instâncias ordinárias, exercita-se a jurisdição com vista à obtenção de uma decisão justa, enquanto nas instâncias excepcionais (especial e extraordinária), exercita-se o controle da legalidade, tutelando-se a unidade

²⁴³ PASSOS, J. J. C. O magistrado, protagonistas do processo judicial? *in*: MEDINA, José Miguel Garcia. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 218-223.

²⁴⁴ "A atual Constituição, de 1988, confere ao Poder Judiciário um *status* político muito claro. Sua principal função, segundo a constituição é controlar o Executivo e o Legislativo. Nenhuma decisão da administração ou do Legislativo fica fora do controle judicial". VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O judiciário como um poder político de governo: uma introdução à experiência brasileira. *In*: **Revista Direito Mackenzie**. ano 2. n. 2. 2001.p. 189-196.

e a uniformidade da interpretação da lei federal, chegando-se à Justiça pela via indireta²⁴⁵.

Cumpre, ainda, fazer o devido destaque à competência especialíssima ou extraordinária do STF.

É certo que os órgãos judiciários brasileiros exercem dois papéis. O primeiro, do ponto de vista histórico, é a função jurisdicional, também chamada jurisdição. O segundo, é o controle de constitucionalidade, exercido por essa jurisdição.

Tendo em vista que as normas jurídicas só são válidas se conformadas à Constituição da República, a ordem jurídica brasileira estabeleceu um método para evitar que atos legislativos e administrativos contrariem regras ou princípios constitucionais.

A Constituição da República adota, para tanto, um sistema difuso, no qual todos os órgãos do Poder Judiciário podem exercê-lo. A Constituição reconhece, também, um sistema concentrado, em que os ocupantes de certos cargos públicos detêm a prerrogativa de arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, no Supremo Tribunal Federal, por meio de ação direta, vinculante a todos, inclusive às esferas administrativas.

Não há dúvida sobre a importância do Poder Judiciário frente aos valores do Estado, como um poder democrático e político de extrema relevância²⁴⁶. O então presidente do Supremo Tribunal Federal, Carlos Mário da Silva Velloso, pontuou:

(...) os brasileiros estão engajados no fortalecimento do Poder Judiciário, porque estão convencidos de que este ramo político do Governo concorre, sobremaneira, para o fortalecimento da cidadania, pois é o Judiciário que torna realidade os direitos e garantias constitucionais, sem o que não há falar em democracia²⁴⁷.

²⁴⁵ ALVES, Eliana Calmon. **A superposição de competência recursal**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/110/Superposi%c3%a7%c3%a3o_Comet%c3%aancia_Recursal.pdf?sequence=4>. Acessado em: 17 dez. 2010.

²⁴⁶ Pertinente sublinhar que este papel restou ainda mais evidenciado quando da edição da Emenda Constitucional n.º 45, e sua posterior regulamentação pela Lei n.º 11.418, de 2006, determinando como requisito dos Recursos Extraordinários a existência de repercussão geral, esta entendida como “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil).

²⁴⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O judiciário como um poder político de governo: uma introdução à experiência brasileira. In: **Revista Direito Mackenzie**. ano 2. n. 2. 2001.p. 189-196.

A grande questão surge exatamente neste campo. Se o Supremo Tribunal Federal é o órgão legitimado, extraordinariamente, e até mesmo democrática e politicamente, para promover o controle da constitucionalidade dos atos dos Poderes da República (Executivo e Legislativo – no sistema de controle concentrado e abstrato – e do Poder Judiciário – no sistema difuso e concreto), por que somente os efeitos vinculantes seriam derivantes de sua interferência nos atos das outras esferas do poder?

Ora, se toda decisão judicial tem, potencialmente, a capacidade de chegar aos Tribunais Excepcionais²⁴⁸, que são responsáveis finais pela interpretação e uniformização das normas, por que suas decisões ou seus entendimentos dominantes não são respeitados – sequer por sua própria Corte?

Eis as respostas que se pretende investigar.

4.3 O USO DOS PRECEDENTES NO BRASIL

No sistema brasileiro, arraigado nos dogmas do *civil law*, o respeito aos precedentes judiciais não foi uma questão tradicionalmente estudada. Como explica Luiz Guilherme Marinoni:

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que essa tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz a lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto que, no *civil law*, foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões²⁴⁹.

A concepção vem sendo paulatinamente alterada. O constitucionalismo, como apontado, é o principal fator de arranque dessa mudança, senão seja visto:

²⁴⁸ Até mesmo as decisões dos Juizados Especiais, que comportam questões de menor complexidade - e detêm órgãos especiais de revisão compostos por juízes togados de primeiro grau (Turmas Recursais), ficando excluídos da esfera do próprio STJ -, mesmo estes não fogem à competência do STF, claro que se devidamente cumpridas as exigências para interposição do Recurso Extraordinário.

²⁴⁹ MARINONI, L. G. (Coord.). **A força dos precedentes**. p. 8.

Atualmente, em virtude do impacto do constitucionalismo, não só há nítida aproximação entre as funções dos juízes de *common law* e *civil law*, como visível proximidade entre os precedentes ditos de criação do direito e os interpretativos. Mais do que tudo, essa proximidade permite evidenciar a importância dos precedentes no sistema judicial brasileiro, em que os precedentes têm e terão nítida feição interpretativa²⁵⁰.

A vinculação das decisões judiciais, aos poucos, vem tomando espaço no cenário nacional. A exigência constitucional de estabilidade da ordem jurídica, aliada à necessidade de se imprimir previsibilidade ao ordenamento, em homenagem à confiança depositada pelos agentes sociais, desperta especial atenção.

Há tempos se percebeu que somente a lei não é mais capaz de suprir as necessidades da sociedade como fonte única do Direito. A lei exige interpretação, seja pelos agentes do Estado, seja pelos agentes sociais propriamente ditos.

A evolução da sociedade e, em especial, da realidade histórica brasileira, exigiu mudanças. A promulgação da Constituição de 1988 trouxe, dentre muitas inovações, a concretização de valores e princípios que demandam respeito e conformação por parte de todos os atos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Gustavo Zagrebelsky afirma:

Segundo a concepção prática do Direito, no entanto, a interpretação jurídica é a procura da norma adequada tanto ao caso como ao ordenamento. As exigências dos casos contam mais que a vontade legislativa e podem invalidá-la. Devendo escolher entre sacrificar as exigências do caso concreto e as da lei, são estas últimas que sucumbem ao juízo de constitucionalidade a que a própria lei vem submetida²⁵¹.

A sociedade brasileira contemporânea demanda uma nova interpretação do Direito e, com ela, a valorização das decisões judiciais e sua vinculação, como bem explicita doutrinariamente o Ministro Sidnei Agostinho Beneti:

Um tribunal é um todo orgânico, cujas partes têm de dispor-se no sentido da consecução de um objetivo. No caso do Tribunal, tomado como um todo, o

²⁵⁰ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 255.

²⁵¹ “Según la concepción práctica del derecho, en cambio, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento (...) Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida”. ZAGREBELSKY, G. *Op. cit.* p. 133-134.

objetivo é a produção de uma jurisprudência o mais possível estável, e não apenas de precedentes isolados para casos individualísticos — ou quase egoísticos — das partes litigantes em cada processo.

Em época de sociedade de massas, não há mais como imaginar a satisfação jurisdicional apenas em cada caso concreto, e de modo contraditório. A comunicação social, divulgando, em massa, a contradição, destrói a crença no Poder Judiciário e incrementa o surgimento de lides, realimentando-se a si própria.

O Brasil precisa de construção de jurisprudência capaz do respeito da sociedade, não mais apenas de produção de precedentes individuais. A melhor organização dos tribunais é imprescindível ao aprimoramento da sociedade brasileira²⁵².

Não se permite mais negar ter a jurisdição assumido papel destaque no cenário jurídico nacional, não podendo mais ser renegada a fator secundário do Direito. A jurisprudência, fruto dessa produção, merece respeito por parte de todos os Poderes do Estado, inclusive o próprio Poder Judiciário, como se demonstrará.

4.3.1 Os precedentes obrigatórios lidos a partir da Constituição brasileira

A vinculação dos entendimentos firmados pela Corte Constitucional há muito deixou de ser exclusividade dos países do *common law*.

Na Alemanha, o princípio da estabilidade das decisões do Tribunal Constitucional é, inclusive, positivado. O § 3.º, 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal Alemão dispõe: “as decisões do Tribunal Federal Constitucional vinculam os órgãos constitucionais federais e estaduais, bem como todos os Tribunais e autoridades administrativas”²⁵³.

Advertir-se que, tal como ocorre nos países de tradição do *common law*, no sistema alemão, o que irradia efeitos vinculantes são as razões das decisões e não, apenas, a parte dispositiva, ou mesmo a força emanada pela coisa julgada. A *ratio decidendi* (do *common law*) ou o *tragende Gründe* (motivos determinantes do Direito alemão) extrapolam os limites objetivos da coisa julgada²⁵⁴. O que de fato vincula

²⁵² BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX L. *et al* (coord.). Processo e constituição (estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. *Apud* CARRAZZA, Roque Antônio. *Op. cit.*

²⁵³ “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden”. MARINONI, Luiz Guilherme. CLARO, Roberto Del. Parecer: Efeito Vinculante. 2006.

²⁵⁴ O objeto material da lide é o primeiro limite objetivo da coisa julgada, constituindo-se pelas questões pertinentes à lide. Deste raciocínio decorre que a coisa julgada somente incidirá sobre a

são os princípios e as razões estabelecidas na decisão cuja vinculação se impõe. Os fundamentos da decisão é o que deve ser observado para os casos futuro como objeto da interpretação do Direito, definida pela Corte competente para tal fim.

Eis o ponto de convergência. O efeito vinculante (*binding effect* ou *Brindungswirkung*) mostrou-se compatível tanto com os sistemas jurídicos do *common law* como do *civil law*. Aliás, muito mais do que um mero efeito das decisões, a vinculação das razões das decisões judiciais tornou-se arma indispensável à defesa do Estado de Direito e da própria ordem constitucional que o constitui, em qualquer sistema jurídico. Esta foi a ideia importada ao Direito brasileiro²⁵⁵.

No Brasil, não há dificuldade em aceitar que tais efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, porém, por interpretação restrita do artigo 102, § 2.^o²⁵⁶⁻²⁵⁷

parte dispositiva da sentença, pois é, justamente, neste elemento da sentença que o juiz passará a proferir julgamento, declarando o direito. Enrico Tullio Liebman destaca que os limites objetivos da coisa julgada devem ser: "(...) visto como só o comando pronunciado pelo juiz se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão" (LIEBMAN, Enrico Tullio. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Peligrini Grinover. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 55). Esta diretiva é, inclusive, a literalidade do artigo 469 do Código de Processo Civil que expressamente exclui dos limites objetivos da coisa julgada os motivos da decisão, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

²⁵⁵ Acerca da incorporação do efeito vinculante no Brasil *vide* MENDES, Gilmar. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>. Acessado em: 16 nov. 2009.

²⁵⁶ Art. 102. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e **efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (negritou-se).

²⁵⁷ Não se confunda, contudo, "eficácia contra todos" com "efeito vinculante". Como pontuado por Roberto Del Claro: "I — Eficácia contra todos e efeito vinculante são fenômenos distintos; II — A eficácia contra todos se liga à coisa julgada material que qualifica as decisões finais do STF em matéria constitucional; III — Nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, a denominada coisa julgada *erga omnes*, refere-se também à proibição do *bis in idem*. Subjetivamente é mais complexa porque atinge quem deflagrou a demanda e quem dela participou (*inter partes*), bem como aqueles que poderiam ter nela participado: os demais legitimados ativos (*erga omnes*); IV — Em todas as situações, a eficácia contra todos é aquela contida unicamente no dispositivo da decisão; V — O efeito vinculante, por sua vez, se liga aos motivos da decisão. Mais especificamente, o efeito vinculante corresponde aos precisos motivos que levaram à conclusão contida no dispositivo (raciones decidendi)". (CLARO, Roberto Del. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 197-205).

Perceba-se que a coisa julgada é a qualidade que imprime os efeitos de imutabilidade, inimpugnanabilidade e coercibilidade (definitiva) à declaração que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito, não mais sujeita a recurso ordinário, extraordinário ou à remessa necessária. A

e artigo 103-A²⁵⁸ da Constituição da República, têm sido reduzido, exclusivamente às decisões de caráter geral.

Esquece-se, porém, que o efeito vinculante não necessita de positivação expressa – nos Estados Unidos não há qualquer referência escrita sobre o princípio do *stare decisis*. A vinculação das decisões, especialmente das Cortes Extraordinárias, é princípio emanante da própria estabilidade exigida pelo Estado de Direito.

A concepção, também, pode ser extraída da Carta Constitucional de 1988, de seus valores máximos, além da conjugação dos princípios por ela elegido para construção do Estado Democrático de Direito. Não há necessidade de qualquer positivação adicional. Tampouco, que o legislador infraconstitucional elabore regras específicas para que seja possível essa leitura. O efeito vinculante das decisões judiciais, repita-se, é decorrente da própria Constituição, como anota Luiz Guilherme Marinoni:

A falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como autêntica falta de tutela da segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador. Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para darem origem a um sistema de precedentes vinculantes²⁵⁹.

eficácia contra todos decorre dessa (coisa julgada) impedindo que aquela questão resolvida no dispositivo da decisão seja novamente discutida por qualquer pessoa, em qualquer processo. Assim, a coisa julgada (ou eficácia) *erga omnes* implica a impossibilidade de qualquer juízo posterior sobre o tema.

Já o efeito vinculante extrapola todos esses limites. Além de não se deter às partes do processo (limites subjetivos da coisa julgada – *inter partes*), sequer se detém ao dispositivo da decisão (limite objetivo), sua força não está condicionada à coisa julgada. A vinculação das decisões emana do conteúdo cognitivo da decisão, não apenas das conclusões alcançadas. Mais especificamente o efeito vinculante decorre das razões e fundamentos que levaram à decisão. Este efeito não visa a impedir novo julgamento sobre a questão, ao contrário, visa a inspirar novos julgamentos. Assim, todos os novos julgamentos sobre as matérias já decididas devem se dar conforme a decisão já proferida.

²⁵⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (negritou-se).

²⁵⁹ MARINONI, L. G. O precedente - na dimensão da segurança jurídica. In: _____. (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 211-226.

Tal efeito, se visto dessa perspectiva, não pode ater-se apenas a algumas decisões dos Tribunais Superiores. Sendo o Estado brasileiro um Estado de Direito, cuja Constituição atribui a órgãos específicos a função de zelar por ela e uniformizar sua jurisprudência - atribuindo função idêntica de uniformização com relação à matéria infraconstitucional a órgão próprio - renegar força vinculante as suas decisões é contrariar o próprio propósito constitucional e inverter a ordem natural das coisas.

Sendo conferida ao Supremo Tribunal Federal a última palavra em matéria constitucional e, aos Tribunais Superiores propriamente ditos (STJ e TST), a última palavra acerca da interpretação da lei infraconstitucional, não faz nenhum sentido a rebeldia de alguns tribunais inferiores em julgarem contrário aquelas decisões (emanadas pelas Cortes legitimadas a definir a interpretação final do Direito).

Essa prática, infelizmente reiterada nos tribunais brasileiros, conduz a um cruel jogo de expectativas e frustrações, no sentido de que os tribunais divergentes se satisfazem apenas quando os recursos de suas decisões divergentes são freados em um das muitas teias tecidas pelos pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinários (*latu sensu*), subvertendo a função do processo e utilizando-o como instrumento à frustração do direito material, garantido pelo ordenamento, e não a sua efetivação.

Todo e qualquer processo, potencialmente, pode chegar à análise das instâncias extraordinárias, e lá obter uma decisão de acordo com a interpretação por elas definidas como adequada ao direito daquele caso concreto e casos assemelhados. Obrigar a parte a submeter-se à epopéia recursal, para, somente então, obter uma decisão que reconheça seu direito conforme o entendimento pacificado destas cortes, é nítido exercício do sadismo²⁶⁰. Situação ainda pior é a de

²⁶⁰ Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988 o antigo STF, discutindo a questão já sumulada de inexistência honorários de sucumbência em sede de mandado de Segurança, o Ministro Oscar Correa, reconheceu a função do Tribunal 'no cumprimento da própria missão constitucional de interpretação definitiva da Lei federal e de uniformização da Jurisprudência, essenciais a normalidade e estabilidade da ordem jurídica'. Neste contexto concluiu: '(...) Não se infere daí a obrigatoriedade formal de obediência à Súmula do Supremo, nem pretendeu a Corte dar poder normativo, cogente, à sua orientação, que não é Lei. Mas, se se conhece a Súmula e o Juiz brasileiro não a pode desconhecer, e se não aplica, autoriza-se a interposição do remédio processual para repor a orientação da Corte Maior; e se obriga, desnecessariamente, a iniciativa da parte, exigem-se ônus in

impedir a parte de alcançar a satisfação de seu direito em razão da sua incapacidade (seja técnica ou econômica) de galgar aquele custoso e pernicioso caminho recursal, repleto de armadilhas que visam a impedir que os recursos cheguem a julgamento. Esse agir nega a própria razão de ser da jurisdição: nega a garantia de efetividade e a realização do direito material prometida pelo ordenamento vigente.

Perceba-se que a resistência, ainda predominante, do reconhecimento de as decisões que versarem sobre casos concretos gerarem efeitos vinculantes ainda está, veladamente, arraigada na ideia liberal de igualdade. A igualdade perseguida pelo liberalismo somente podia ser atendida pela lei formal concebida abstratamente, garantindo que todos fossem tratados de forma igual pela lei geral. A segurança e a igualdade estavam, utopicamente, resguardadas na imunidade das leis às situações particularmente consideradas, e por ser a igualdade meramente formal, garantida pela lei, fez surgir enormes desigualdades nas realidades sociais, não servindo mais aos fins do Estado contemporâneo.

A pluralidade social exige atenção não apenas do Legislativo – que fica impossibilitado materialmente de criar leis com a velocidade e a diversidade que uma sociedade plural exige -, mas, em especial do Poder Judiciário. É o Judiciário que detém o papel de aplicar ao caso concreto as regras de direito (processual e material) que permitam a realização das promessas do Estado contemporâneo – convertendo a igualdade formal em igualdade material.

A conformação do Judiciário aos casos particulares não pode ser aleatória, sob pena de subverter o princípio da isonomia. A verdadeira igualdade material somente estará protegida diante da vinculação das decisões concretas, tais quais as abstratas, ou, ainda, com maior intensidade. As decisões concretas das Cortes Extraordinárias, além da observância da Constituição e das leis, são formuladas pelas necessidades sociais reais e atuais. Ademais, como já argumentado no capítulo anterior, ao se reconhecer a força vinculante das decisões concretas o próprio julgador assume uma posição ainda mais neutra e responsável na solução

justificáveis e requer-se prestação jurisdicional que se poderia e deveria evitar". (R. E. n.º 104.898-RS, 26 mar. 85. RTJ, v. 113, p. 457 *apud* SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**: Um enfoque filosófico jurídico. São Paulo: LTR, 1996. p. 149)

dos litígios, ciente de que a regra formulada deverá atender não apenas ao caso concreto, mas ao direito em conflito, para nos casos futuros em que o mesmo direito venha a ser reivindicado, diante de situações assemelhadas, se possa imprimir a mesma solução²⁶¹. Desta feita se presta não apenas um serviço às partes, mas também, por consequência, a toda a sociedade.

As decisões que detêm força vinculante, muitas vezes, são ditas como decisões que possuem força de lei²⁶², não porque seu ato de constituição se equipare formalmente à lei, mas porque sua observância é cogente e serve de suporte à construção de novas decisões. É certo, também, que, tais quais as leis, as decisões vinculantes permitem e exigem interpretação e adequação dos precedentes ao caso concreto, todavia num grau de abstração extremamente menor. É preciso haver a confrontação do precedente ao caso concreto – e aqui reside o limite de interpretação do precedente, de modo a justificar e fundamentar a nova decisão, produzindo-se nova norma concreta às partes, de forma justa, igualitária e segura²⁶³. As qualidades que emanam da decisão concreta que segue o precedente (justiça, igualdade e segurança) não atingem somente as partes envolvidas no processo, mas refletem os anseios de toda a sociedade, preservando a ordem jurídica estabelecida.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior corrobora o entendimento:

Em suma, é algo profundamente arraigado na própria idéia de administração da justiça que o ato jurisdicional transforme razoavelmente as

²⁶¹ Misabel Abreu Machado Derzi explica: “Em conseqüência, concluímos que o fator decisivo, para definir a jurisprudência, identificada como a mesma jurisprudência, será o fato de a pergunta geral (que se extrai de vários casos similares) obter a mesma resposta geral. Assim, uma jurisprudência consolidada, fixa ou precedente, firmada pelo Supremo Tribunal Federal ou outro Tribunal Superior será qualquer decisão, tomada em caráter definitivo pelo Plenário (ou órgão equivalente), que tenha dado resposta a uma questão jurídica geral, verdadeira norma judicial, sendo irrelevante o número de decisões iguais, se única decisão ou se são repetidas, em série.” DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificação da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2009. p. 588.

²⁶² Inclusive a “força de lei” (Gesetzeskraft) está inserida na redação do artigo 31 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão.

²⁶³ “Não é suficiente dizer ‘assim disse o tribunal’. Se deve provar sua idoneidade para regular cada situação com base no grau em que se justifica a valoração dos direitos de uma das partes e serve à justiça de todas as partes afetadas”. (No original: *No es suficiente decir ‘ así dijo o tribunal’. Se debe probar su idoneidad para regular cada situación em base gardo em que justifica La violación de los derechos de uma de las partes y serve a la justicia respecto a todas lãs partes afectadas*). ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente em el common law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 138. *Apud* STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 260.

normas jurídicas em decisões adequadas e equilibradas. Por isso, a razoabilidade converte-se, ao mesmo tempo, em requisito subjetivo do julgador e requisito objetivo do direito. Por isso, no ponto intermédio entre um e outro, chega-se a falar, mesmo no campo de uma tradição românica, de uma força vinculante presuntiva do precedente²⁶⁴.

Extraí-se, como se verá, da própria Constituição da República Federativa do Brasil, que as decisões dos Tribunais Excepcionais, refletindo seu entendimento dominante, devem prevalecer, seja no controle abstrato, seja nos julgamentos concretos levados ao seu julgamento pela via recursal ou originária.

4.3.1.1 As decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem idêntica competência, embora em níveis diferentes: “ao STF cabe a uniformização e interpretação do Direito Constitucional e ao STJ, a uniformização e interpretação do Direito Infraconstitucional”²⁶⁵. Assim, sua legitimação constitucional decorre do mesmo princípio de uniformidade do sistema, completando-se mutuamente.

A vinculação de ambas as decisões podem e devem ser pensadas dentro do mesmo raciocínio. Apenas para fins acadêmicos propõe-se, inicialmente, a análise sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal.

Por competir ao Supremo Tribunal Federal o controle da constitucionalidade, algumas breves observações devem ser feitas, anotando-se as advertências de Lucas Cavalcanti da Silva:

A coexistência em nosso sistema jurídico dos dois modelos de controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, dá ensejo a algumas situações no mínimo interessantes. De início porque o controle difuso no Brasil é capenga. Inspirados no exemplo americano, nós adotamos esse modelo de controle, mas sem adotarmos a doutrina do *stare decisis*. Isso é causa determinante da falta de uniformidade decisória no controle de constitucionalidade entre nós. Enquanto que, nos Estados Unidos, as decisões no controle difuso são razoavelmente uniformizadas pela

²⁶⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p.1/34.

²⁶⁵ ALVES, Eliana Calmon. *Op. cit.*

aplicação da doutrina do stare decisis, no Brasil, exatamente pela ausência desta doutrina, essa uniformidade não existe²⁶⁶.

(...)

A não atribuição desse efeito às decisões da Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade outorga aos juizes e tribunais autorização para decidirem em desconformidade com a própria Constituição, na medida em que podem eles decidir de maneira contrária do que decidiu o seu maior guarda²⁶⁷.

A Constituição elegeu o STF como o guardião último da Constituição, conferindo-lhe os meios adequados para exercer a função. Ao conjugar o sistema concentrado com o sistema difuso, manteve-se o Supremo Tribunal Federal sempre no ápice desse mister, quer na legitimação originária para as ações diretas, quer por sua sobreposição aos demais órgãos do Poder Judiciário, como instância recursal.

Como bem observado anteriormente, os Tribunais Extraordinários não são cortes de justiça direta. A justiça de sua decisão advém indiretamente das suas funções de zelar pelo ordenamento, no caso do Supremo Tribunal Federal, de zelar pela constitucionalidade dos atos (legislativos, executivos e judiciários).

Não é por outra razão que, uma vez definido o entendimento acerca do tema que lhe é pertinente (constitucionalidade), o posicionamento do Supremo Tribunal Federal deve prevalecer sobre qualquer outro, seja no controle direto ou no controle difuso. Julgar contra a decisão do Supremo Tribunal Federal é julgar contra a Constituição. Afinal: “a não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal”²⁶⁸.

O Ministro Gilmar Mendes lembra que, quanto à técnica utilizada para declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade, no Brasil, o controle abstrato e o concreto pouco divergem:

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental²⁶⁹.

²⁶⁶ SILVA, L. C. *Op. cit.*

²⁶⁷ *Ibidem.*

²⁶⁸ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 459.

²⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, n.º 162, abr/jun. 2004. p. 164. *Apud* MARINONI, L. G. CLARO, R. *Op. cit.*

Não importa por qual via a análise da constitucionalidade chegue ao Supremo, mas o resultado da análise: a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma pelo ente legitimado no exercício da função constitucional²⁷⁰. Em ambos os casos – controle difuso ou concentrado –, a declaração dar-se-á da mesma forma e com a mesma força, devendo vincular o entendimento a todos os demais órgãos dos Poderes do Estado, com exceção do Poder Legislativo, que não fica impedido de voltar a legislar sobre a matéria²⁷¹.

Na atual perspectiva constitucional, não há qualquer necessidade de comunicação ou de suspensão da execução da lei pelo Senado para que este efeito ocorra. A vinculação das decisões judiciais encontra-se em posição diversa da função do Senado no controle de constitucionalidade das leis:

É certo que o entendimento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as suas decisões não vinculam o legislador. Se as decisões não vinculam o Legislativo, isto significa que o Supremo não detém o monopólio da interpretação constitucional. Daí a razão da existência da comunicação ao Senado no controle difuso.

(...)

No modelo difuso a comunicação ao Senado é pertinente. Porém, não para conferir efeito vinculante à decisão. Como visto, ao contrário do que ocorre no modelo abstrato, o ato normativo declarado inconstitucional em sede de controle concreto continua a existir, mesmo que em estado latente. Essa decisão possui efeito vinculante. Entretanto, como tal efeito não atinge o Legislativo, comunica-se ao Senado da República. Se o Senado, enquanto intérprete autorizado da Constituição – tão autorizado quanto o próprio STF – concordar com a interpretação dada pelo Supremo, ele suspende a execução do ato normativo. Discordando de tal decisão, não suspenderá a execução do ato, deixando aberta a via política para novamente discutir a matéria – seja através da edição de norma infraconstitucional ou de emenda à Constituição – e contrariar a interpretação dada pelo STF²⁷²⁻²⁷³.

²⁷⁰ “Assim, chega-se ao momento que é possível definir o significado de se atribuir efeito vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário. Não se atribui eficácia vinculante a essas decisões em razão de se supor que, como ocorre na ação direta, se está tratando de controle objetivo das normas, mas da percepção de que os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena da função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida”. MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 459.

²⁷¹ “Se assim não fosse, interferir-se-ia de maneira desarmônica na esfera de atuação do Poder Legislativo do Estado, impedindo-o de legislar novamente sobre a matéria, toda vez que esta Corte se manifeste pela inconstitucionalidade de lei preexistente”. AgR na Rcl 2.617/MG. Relator: Ministro Cezar Peluso. Informativo do STF, n.º 386, de 2 a 6 de maio de 2005. *Apud* MARINONI, L. G. CLARO, R. *Op. cit.*

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ Como ocorreu no caso da taxa de iluminação pública, convertida em contribuição pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002.

Entendimento diverso significaria admitir que se pudesse, reiteradamente, ocupar a Corte Constitucional com casos idênticos, cujo pronunciamento já ocorreu de forma clara e precisa em casos assemelhados, como ressalta o Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

(...) Assim sendo, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, ressalvadas as hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes²⁷⁴.

De tudo o que já se viu, até o momento, é possível concluir que o controle realizado pelo sistema concreto é ainda mais democrático e atende os preceitos insculpidos na Constituição, posto que apto a resolver questões reais e atuais que geram conflitos iminentes na sociedade, e mediante a participação direta desta. Assim, a decisão judicial tem o especial condão de transmutar a igualdade meramente formal da lei em igualdade real por meio de uma decisão justa – quando aplicada de forma uniforme, é claro. Daniel Mitidiero observa o fenômeno democrático:

Cumpra argumentar, de postremo, que o controle difuso de constitucionalidade é o mais democrático, sendo, dessarte, o mais impregnado de legitimidade. Deveras, ao lado da democracia representativa, ideal próprio do Estado Moderno, ganha força a democracia participativa, própria do Estado Contemporâneo, verdadeiro direito de quarta dimensão, que incentiva os cidadãos a participarem diretamente no manejo de poder do Estado, dando legitimidade à normatividade construída pela via hermenêutica. Não é à toa, pois, que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira vê no contraditório o fator legitimante das decisões judiciais, já que esse possibilita a participação direta dos interessados na construção das decisões jurisdicionais. Sem o controle difuso, o Estado de Direito brasileiro estaria fortemente ameaçado, o que impõe o seu reconhecimento como algo inerente à nossa tradição cultural, sem embargo das respeitáveis opiniões em contrário²⁷⁵.

²⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 363-364. *apud* SILVA, L. C. *Op. cit.*

²⁷⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Estado Democrático e Social de Direito, controle de constitucionalidade e processo civil no Brasil: do *Iustum Iudicium* à Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/estadodemocratico_danielfranciscomitidiero.htm>. Acessado em: 23 out. 2010.

Essas conclusões, alcançadas até o momento, são decorrência direta da leitura do texto constitucional, que sabidamente tem aplicação imediata. É do mesmo texto que se retira estarem os tribunais inferiores vinculados de forma oblíqua pelas decisões do Supremo no controle concentrado.

Além dos já vastamente enumerados valores supremos da República brasileira, a leitura é decorrente, também, da chamada cláusula de reserva de plenário, insculpida no artigo 97 da Constituição da República.

A conjugação dessa cláusula, com a regra de competência do Supremo Tribunal Federal, leva à conclusão inequívoca de que a questão merece atenção e respeito especial das Cortes de Justiça. Com a insistente necessidade de positivação de normas infraconstitucionais, que ainda persistem, na cultura brasileira, o reconhecimento legislativo desta regra somente veio após uma década da promulgação do texto constitucional, com a Lei nº 9.756/1998²⁷⁶.

Não bastasse o texto constitucional induzindo esse raciocínio, a lei infraconstitucional regulou a matéria extraindo qualquer dúvida de que os efeitos do controle abstrato e concreto pelo STF foram equiparados.

A prepotência dos julgadores brasileiros os impede de reconhecer tal fenômeno, obrigando o Supremo Tribunal Federal a editar Súmula Vinculante sobre a matéria:

Súmula Vinculante n.º 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

A Súmula Vinculante n.º 10 - que obviamente tem efeito vinculante e obrigatório sobre todos os demais órgãos, tanto do Judiciário, quanto da Administração Pública - encerra a questão.

Ora, se “quem pode mais, pode menos” é compulsória a conclusão de que os entendimentos emanados pela Corte Suprema, ainda que em controle concentrado,

²⁷⁶ Que introduziu o parágrafo único ao artigo 481 do Código de Processo Civil: “Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

são vinculantes quanto às suas razões de decidir (motivos determinantes ou *ratio decidendi*).

Na seara do Tribunal Superior de Justiça a conclusão não poderia ser diferente. Apesar de o Superior Tribunal de Justiça não deter competência para análise da matéria constitucional, ou mesmo para o controle abstrato das normas, sua competência se equipara à do Supremo Tribunal Federal como guardião do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Perceba-se não existir qualquer hierarquia entre os Tribunais Extraordinários, apenas esferas diferentes de uma mesma função, indispensável à manutenção do Estado de Direito – uniformização da interpretação do Direito.

Ao proceder à análise concreta da lei federal (controle de legalidade) o Superior Tribunal de Justiça se reveste de igual importância e merecem igual respeito as suas decisões, como o raciocínio exposto com relação do Supremo Tribunal Federal.

Misabel de Abreu Machado Derzi descreve a função exercida por ambos os tribunais, no exercício de sua competência, para uniformizar a interpretação do Direito através do controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos:

(...) esses tribunais põem em prática as funções de: (i) *estabilizar o sistema*, especificando o fato e a conduta regradados pela norma; (ii) realizar a *segurança jurídica*, instaurando como previsível o conteúdo da coatividade normativa; (iii) promover a *orientação jurisprudencial*, para indicar a referida compreensão aos tribunais judiciais de inferior hierarquia, bem como aos magistrados que viessem a prolatar decisões sobre a matéria, ou seja, estabilizando a jurisprudência segundo a diretriz que os Tribunais Superiores consolidaram; (iv) operar no sentido da simplificação da atividade processual, pois ao julgar de idêntica forma os casos semelhantes, acelera o processo decisório e garante a igualdade na prestação jurisdicional, além de reduzir, sensivelmente, o volume de processos existentes a respeito daquele objeto; e, por fim a (v) previsibilidade decisória, porquanto em decorrência da uniformização dos julgados, alimenta-se a expectativa dos destinatários quanto ao desfecho das causas, tornando previsíveis os resultados²⁷⁷.

É evidente que, tal qual a Constituição, as leis também merecem interpretação. Se, no caso da Constituição, a interpretação é realizada tanto por parte do Poder Judiciário, quanto por parte do Poder Legislativo, no caso das leis,

²⁷⁷ DERZI, M. A. M. *Op. cit.* p. XV.

produzidas por este último, a interpretação final²⁷⁸ fica a cargo exclusivo do Poder Judiciário – tanto com relação a sua constitucionalidade (competência do STF), quanto com relação a sua aplicação e conteúdo (competência do STJ).

É o Superior Tribunal de Justiça que, em última análise, declara qual o efetivo conteúdo da norma, aplicando-a ao caso concreto. A função da jurisdição, no que concerne à realização do direito prometido pelo ordenamento, passa, em última instância, pelo que o Superior Tribunal de Justiça pronunciar que é o conteúdo desse direito prometido.

Perceba-se que nos Tribunais Extraordinários não cabe a análise da verdade dos fatos. Esta função é exclusiva das instâncias ordinárias, às Cortes Extraordinárias cumpre processar os fatos que lhe são apresentados pelos Tribunais inferiores e fazer a devida confrontação legal, estabelecendo, no caso concreto, qual a norma aplicável, qual o seu conteúdo e extensão.

Michele Taruffo explica:

Nesta complexa atividade de construção da relação norma-fato, e de determinação do significado concreto da norma referente ao caso particular, o juiz não é determinado por regras ou mecanismos cogentes. Ao contrário, ele opera regras e critérios de interpretação, e formula valorações que são, em larga medida, discricionários. De outra parte, é justamente através dessa complicada atividade de análise conjunta do fato e da norma que o juiz vem a "criar" o significado concreto da norma que lhe serve para individualizar e para fundamentar a decisão final²⁷⁹.

Porém, esta margem de discricionariedade pode vir a gerar grave insegurança, como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

(...) quando se "descobriu" que a lei interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de

²⁷⁸ Não se desconhece que os agentes políticos e administrativos também interpretem as leis, e até mesmo a regulamentem, porém estes atos promovidos pelo Executivo não ficam imunes ao Poder Judiciário (Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República).

²⁷⁹ *"in questa complessa attività de costruzione del rapporto norma-fatto, e di determinazione del significato concreto della norma riferibile al caso particolare, il giudice non è determinato da regole o macanismi cogenti. Al contrario, egli adopera regole e criteri di interpretazione e formula valutazioni che sono in larga misura discrizionali. D'altra parte, è proprio attraverso questa complicata attività di analisi congiunta del fatto e della norma che il giudice pervenire a "creare" il significato concreto della norma che gli serve per individare e per fondare La decisione finale".* TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione del diritto*. In: **Rivista di diritto e procedura civile**. Ano LV. n. 1. Mar/2001. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 11-31.

diferentes modos os "casos iguais", curiosamente não se abandonou a sua posição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrina, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou²⁸⁰.

Exatamente aí reside a indispensável função de uniformização do Superior Tribunal de Justiça. Quando a lei recebe diversas interpretações para casos iguais, a função constitucional do Superior Tribunal de Justiça se faz indispensável. Além da proteção do ordenamento infraconstitucional, o poder/dever de uniformização das decisões inferiores é regra constitucional expressa. Da simples leitura literal do artigo 105, III, da Constituição da República, a conclusão mais próxima é:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

É imperativo, porém, que tal dispositivo seja lido em conjunto com os demais dispositivos e valores constitucionais, dos quais decorre que a exigência da uniformidade é questão pertinente tanto à igualdade quanto à própria segurança jurídica:

No que se refere à jurisprudência, sua uniformidade apresenta-se como um pressuposto da realização da segurança jurídica, aqui também posta como expressão do princípio da isonomia, em virtude do qual não se poderia admitir tratamento jurisdicional diverso a questões idênticas que lhe sejam submetidas. Trata-se, em outras palavras, de segurança jurídica derivada da coerência decisória, que permite ao particular uma antecipação certa e segura das consequências jurídicas a serem imputadas pelo judiciário a seus atos e relações, o que representa, em

²⁸⁰ MARINONI, L. G. **A força dos precedentes**. p. 9.

última análise, elemento de unificação do próprio ordenamento jurídico²⁸¹.

Tal uniformidade, como o próprio vocábulo sugere, pressupõe haver uma só interpretação da regra para cada situação jurídica. Assim, os efeitos da uniformização ultrapassam os limites da lide em que sua atuação ocorre originariamente: a decisão que confere uniformidade ao ordenamento possui, evidentemente, efeito vinculante. Não se pode sequer cogitar em uniformidade quando, apesar do pronunciamento seguro da corte legitimada constitucionalmente para tal mister, puder-se, abaixo dela, decidir-se de forma diversa – desuniformizando o que já fora uniformizado.

Benjamin N. Cardozo explica o fenômeno:

O juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Não deve inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro andante que perambula por onde quer em busca de seu próprio ideal de beleza ou bondade. Ele deve inspirar-se em princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência vaga e irregular. Deve recorrer a um discernimento informado pela tradição, regularizado pela analogia, disciplinado pelo sistema e subordinado “à necessidade primordial de ordem na vida social”. Em toda consciência, há espaço para um campo bastante amplo de discernimento²⁸².

No Brasil, não há dúvidas em se extrair do texto constitucional ser o Superior Tribunal de Justiça o órgão apto a consagrar a interpretação final do Direito infraconstitucional e, assim, suas decisões devem ser respeitadas pelos órgãos abaixo deste, na estrutura judiciária. Não porque o poder jurisdicional dele seja maior ou melhor, mas porque possui competência específica para isso.

A uniformização do Direito pelos Tribunais Extraordinários é matéria que se impõe em conjugação com o reconhecimento de seu efeito vinculante. Somente através desse reconhecimento é possível imprimir efetiva segurança jurídica atendendo aos interesses sociais protegidos pela Carta Constitucional. Se “um dos interesses sociais mais fundamentais é que a lei deve ser uniforme e imparcial”²⁸³ tais critérios têm que ser de alguma forma protegidos.

²⁸¹ PAGANINI, J. M. *Op. cit.*

²⁸² CARDOZO, B. N. *Op. cit.* p. 103-104.

²⁸³ *Idem.*, p. 82

A lei formal, abstratamente concebida, já demonstrou, ao longo dos séculos, sua incapacidade para suprir esses valores haja vista que sua suposta imparcialidade, derivada da sua concepção abstrata, conduzia a desigualdades, e sua interpretação casual, na aplicação da lei, sem qualquer limite interpretativo, conduzia ao mesmo fim odioso. A observância da jurisprudência, especialmente das Cortes Extraordinárias, é hodiernamente a única fonte a eliminação do “acaso e [d]o favor e para que os assuntos humanos sejam geridos com a uniformidade serena e imparcial que é da essência da ideia de Direito”²⁸⁴. Reconhecer o efeito vinculante das decisões judiciais é reconhecer a própria força da Constituição e a efetiva consecução de seus valores supremos.

4.2.1.2 A disciplina legal da aplicação dos precedentes no Brasil

No campo infraconstitucional brasileiro, infelizmente reconhecido por muitos como a principal fonte de nosso Direito, timidamente já se vem prestigiando a construção do Direito por meio das decisões judiciais e dos entendimentos dos Tribunais²⁸⁵.

A súmula talvez seja o exemplo mais antigo disso. No Brasil, a origem da súmula é datada de 1960. Em que pese o quase meio século que nos separa de suas origens, seus fundamentos de criação visualizavam o enfrentamento de questões que hoje ainda nos são “caras”²⁸⁶, quais sejam, o acúmulo de processos pendentes de julgamento, aliado ao fato de que muitos deles versavam sobre matérias idênticas.

A preocupação se deu no sentido de que as súmulas poderiam poupar tempo e energia nos julgamentos dos mais diversos recursos, o que, conseqüentemente, tornaria a tutela jurisdicional mais célere. Não houve declarada preocupação com a isonomia dos julgamentos, com a consistência do sistema jurídico ou com a segurança jurídica. Aliás:

²⁸⁴ *Idem.*, p. 22.

²⁸⁵ Conquanto, a disciplina infraconstitucional não seja de toda necessária como já anotado por Luiz Guilherme Marinoni. Cf. MARINONI, L. G. *Op. cit.*

²⁸⁶ Utilizando a expressão no mais amplo sentido, tanto no sentido de ser uma questão sensível e que merece nossa dedicação, quanto no sentido de tratar-se de uma questão, que do ponto de vista econômico ainda nos parece bastante dispendiosas.

Esta é a primeira razão para a distância entre o precedente – tal como conceituado neste livro – e súmula – como desvendada na história do direito brasileiro. Se o precedente obrigatório permitir a racionalização do Poder judiciário, essa é apenas uma consequência daquilo que realmente justifica sua instituição²⁸⁷.

Cumpre esclarecer que as súmulas, nos países de tradição do *civil law*, não se confundem, em absoluto, com os precedentes na doutrina do *stare decisis* por diversas outras questões. Dentre elas, podemos destacar versarem as súmulas especificamente acerca de matérias de Direito, procurando apenas a melhor interpretação da lei escrita e não dos fatos propriamente ditos.

Não há dúvida de que a criação da súmula, mesmo que em um primeiro momento de origem regimental no Supremo Tribunal Federal, apenas expandindo-se aos demais tribunais após a edição do artigo 479 do Código de Processo Civil, de 1973, ainda em vigor, foi uma ruptura da dogmática tradicional no Brasil.

Não obstante guardar a súmula, ainda hoje, características intrinsecamente ligadas às tradições romano-germânicas, as súmulas nada mais são do que simples reafirmação dos princípios insculpidos na lei escrita. Arruda Alvim assinala:

A súmula, pois, em essência e em rigor, tem a estabilidade do princípio subjacente à lei, para a qual foi feita; assim é que, se tem a estabilidade do princípio embutido na lei, e, mesmo que alterada a lei (o que tem ocorrido), desde que mantido rigorosamente o mesmo princípio, tal não implica a alteração da súmula, que continua a existir e haverá de ser “aplicada”²⁸⁸.

Há questão, porém, que demanda ainda maior preocupação com relação às súmulas. A aplicação das súmulas pelos operadores do Direito como enunciados equiparados às normas gerais e abstratas (leis), sem a devida preocupação com as situações fáticas e jurídicas que deram ensejo a formação daqueles enunciados (os precedentes da súmula). Como já destacado, a principal diferença hermenêutica entre as normas legais e as judiciais é que, estas últimas, demandam justificativa e fundamentação, e é justamente o importante diferencial de legitimidade e de validade das normas judiciais que tem sido negligenciado pelos operadores do

²⁸⁷ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 480.

²⁸⁸ ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1990. v. 2. p. 15.

Direito. A aplicação mecânica das súmulas gera graves consequências ao sistema, como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Em suma, o repertório de súmulas se transformou em mero “guia de interpretação”, sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram a própria prática do direito jurisprudencial. Transformou-se, melhor dizendo, num “guia de interpretação estático” e sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito com a realidade da justiça dos casos concretos.

As súmulas - conjunto de jurisprudências dominantes de um tribunal, organizadas numericamente através de simplificados enunciados - merecem atenção e respeito, se bem interpretadas. Por esta razão, vêm recebendo especial preocupação do legislador. A vinculação dos enunciados deixa de existir exclusivamente nos regimentos internos dos tribunais, adquirindo força legal, como é o caso das introduções trazidas pela Lei n.º 11.276/2006 (lei que cria as súmulas impeditivas de recurso) e, ainda, antes dela, a introdução no campo constitucional da súmula vinculante.

Além da valorização das súmulas, outros institutos foram criados, especialmente quanto ao uso da jurisprudência como impeditivo recursal, ou mesmo como autorizador do julgamento do mérito monocraticamente nos tribunais. Também como exemplo, as demandas repetitivas atraíram a atenção do legislador, criando-se mecanismos para o julgamento imediato tanto em primeiro (Artigo 285-A do Código de Processo Civil), quanto em segundo grau (Artigo 543-B e 543-C do Código de Processo Civil).

Parece que, no sistema brasileiro, as alterações legislativas estão muito mais voltadas a solucionar o problema da absurda carga do Poder Judiciário, em especial, com a constante repetição de demandas que expõe idêntica tese jurídica, do que com a estabilidade da jurisprudência e seu reflexo na vida dos cidadãos. Não se ignora que tais dispositivos, de certa forma, planificam entendimentos e, igualmente, refletem positivamente sob os jurisdicionados, posto que, no mínimo, conferem ao processo maior celeridade e aproximam-se do critério da certeza e da igualdade.

A preocupação com a estabilidade e a uniformidade do sistema, não obstante, tem sido encarada com matéria secundária, sendo que, se algum reflexo há nesta área, é mero efeito colateral da norma – muito bem-vindo é claro.

Se tais institutos forem vistos sob o viés da garantia da efetividade e da igualdade da justiça, deixariam de ser meros “chavões” ou facilitadores da atividade jurisdicional (prioritariamente) e passariam a refletir os anseios da sociedade de segurança e da Justiça.

Ao invés de serem tais institutos uma forma de tolher os poderes do juiz, e suborná-lo negativamente aos entendimentos consolidados, em especial das Cortes Superiores – como afirmado por alguns dos contundentes críticos de qualquer vinculação jurisprudencial²⁸⁹ – servem para valorizar a atividade cognitiva do juiz, imprimindo o devido prestígio à sua análise e ao conhecimento a respeito dos fatos e das consequências jurídicas do caso concreto. Quando a função jurisdicional for efetivamente exercida com respeito e responsabilidade, as sentenças de primeiro grau passarão a ter a merecida efetividade.

Veja-se: o uso de precedentes judiciais não retira do juiz o poder e, sobretudo, o dever argumentativo de bem fundamentar suas decisões²⁹⁰, especialmente no tocante à apreciação fática e seu enquadramento na *ratio decidendi*, verificando se ela atende às necessidades concretas do direito material levado a sua tutela.

Luiz Guilherme Marinoni destaca:

(...) embora os fatos tenham assumido outra conotação no *civil law* atual, o juiz brasileiro evidentemente não está na mesma posição do juiz da tradição do *common law*, e, portanto, não tem a mesma dificuldade em identificar os fatos, até porque, aplicando-se ao caso regras jurídicas, os fatos são por elas previamente selecionados e determinados. Além disso, é importante deixar claro que a circunstância de o precedente, no direito brasileiro, ter natureza interpretativa não lhe retira a dignidade e a importância operacional, bem como a sua notável relevância em face da igualdade, da segurança jurídica, da previsibilidade e da otimização da administração da justiça²⁹¹.

No *common law*, essa tarefa é destacada por Benjamin N. Cardozo:

²⁸⁹ Veja-se: STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 233-150.

²⁹⁰ “A fundamentação da sentença, diante da essencialidade, foi tornada obrigatória pela Constituição (art. 93, IX, da CF). isso evidencia uma absoluta diferença entre a norma criada pelo legislador e a sentença. A norma geral não é fundamentada”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo. p. 109.

²⁹¹ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 256.

Nesse fluxo perpétuo, o problema com que o juiz depara é, na verdade, duplo: primeiro, ele precisa extrair dos precedentes o princípio subjacente, a *ratio decidendi*; depois, precisa determinar o caminho ou a direção em que o princípio deve se mover e se desenvolver; para evitar que feneça e morra. O primeiro ramo do problema é aquele ao qual estamos acostumados a nos dedicar de modo mais consciente que ao outro. As causas não expõem seus princípios gratuitamente. Só revelam seu cerne de maneira lenta e penosa. O exemplo não pode levar a uma generalização até que o conheçamos tal como é. Isso, por si só, já não é uma tarefa fácil²⁹².

Perceba-se que a inversão no raciocínio jurídico, com a valorização das decisões de primeiro grau - baseada em precedentes -, conduz a efetividade do Direito, preservando-se sua estabilidade e uniformidade, tutelando a igualdade, a segurança e, ainda, como consequências da preservação destes valores, servirá como desestímulo ao ajuizamento de ações contrárias aos entendimentos consolidados pelos tribunais, diminuindo-se, pois, a carga laboral dos órgãos jurisdicionais.

Ricardo Riveiro Ortega expõe:

O papel dos tribunais não é criar Direito, mas a resolução de conflitos que garantam os direitos dos cidadãos, porém, em uma situação de inflação normativa e crescente complexidade do sistema jurídico, muitas vezes dizem, na prática, o que é Direito. Gostando ou não, aceitando ou não compatível com a nossa cultura jurídica, o fato é que os juízes são quem nos tem que dizer o que é Direito, e não apenas em casos anteriores, senão em muitos dos futuros. Portanto, são preciso medidas para reconhecer esta importância das decisões judiciais, diferenciando de forma adequada, e permitindo o seu conhecimento por parte dos operadores jurídicos. Considerar a jurisprudência fonte do Direito, diferenciando claramente os valores díspares dos vários juízos e tribunais, fortalece a segurança jurídica, porque reduz a margem de incerteza quanto às decisões dos órgãos jurisdicionais, e porque aumenta a exigência de publicidade dessas decisões, estimulando seu conhecimento por parte de todos os interessados no Direito²⁹³.

²⁹² CARDOZO, B. N. *Op. cit.* p. 16.

²⁹³ “La función de los tribunales no es crear Derecho, sino resolver conflictos garantizando los derechos de los ciudadanos, pero en una situación de inflación normativa y creciente complejidad del sistema jurídico, muchas veces deciden en la práctica qué es Derecho. Nos guste o no, aceptemos o no que sea compatible con nuestra cultura jurídica, lo cierto es que los jueces son quienes nos tienen que decir qué es Derecho, y no sólo en los casos pasados, sino en muchos de los futuros. Por ello son precisas medidas dirigidas a reconocer esta importancia de las resoluciones judiciales, diferenciándolas adecuadamente, y permitiendo su conocimiento por parte de los operadores jurídicos. Considerar la jurisprudencia fuente del Derecho, diferenciando claramente el valor dispar de las distintas sentencias de los distintos tribunales, fortalece la seguridad jurídica, porque reduce el margen de incertidumbre en cuanto a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, y porque incrementa la exigencia de publicidad de estas decisiones, estimulando su conocimiento por parte de todos los interesados en el Derecho”. ORTEGA, R. R. *Op. cit.*

Encerrada a ciranda judiciária e definido o Direito pelo Judiciário, as pessoas sentir-se-ão mais estimuladas a seguir o ordenamento, seja porque estão seguras quanto ao modo de agir e de gerir suas condutas, procurando sempre seguir corretamente o Direito (que é o esperado de todo cidadão: o cumprimento voluntário do ordenamento), ou mesmo porque o transgressor, habitual ou eventual, da ordem jurídica, terá a certeza de que encontrará no Poder Judiciário a aplicação da sanção correspondente às suas violações, de forma rápida e efetiva. O Judiciário brasileiro deixará de ser uma arma em desfavor do cidadão prevenido e correto, do cidadão que confiou no Estado e no seu poder jurisdicional e passará a exercer seu real papel de realizar o direito prometido pelo ordenamento, efetiva e tempestivamente, conduzindo à consequência da paz social – em uma sociedade justa e segura. Isso só é possível através de uma jurisprudência uniforme e estável.

4.2.1.2.1 As inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil

O Projeto do Novo Código de Processo Civil reconhece o problema da instabilidade jurisprudencial como fator de instabilidade e insegurança:

(...) haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize²⁹⁴. (grifos no original)

Não se ignora, também, na elaboração do projeto, que a função dos tribunais superiores é “proferir decisões que **moldem** o ordenamento jurídico, objetivamente

²⁹⁴ Exposição de motivos novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/>>. Acessado em: 05 ago. 2010.

considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema²⁹⁵ (grifos no original).

O projeto do Novo Código de Processo Civil expressamente prevê no Livro IV, artigo 847, IV: “a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

Contudo, adverte:

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável²⁹⁶.

A norma criada pelos tribunais, portanto, tende a ser estável, o que obviamente não significa ser imutável. Ao contrário, o Novo Código de Processo Civil também positivou a possibilidade de alteração, todavia, atrelada a fundamentação às relevantes razões que recomendam sua alteração²⁹⁷, que adquiriu caráter democrático, franqueando a participação dos jurisdicionados no processo de reformulação de entendimentos²⁹⁸.

Essa última formulação, permitindo a participação popular em audiências públicas, além de abrir espaço ao debate, que, de fato espera-se, seja real e democrático, e não apenas mais um etapa burocrática a falsamente legitimar as arbitrariedades do Judiciário. Serve igualmente para prevenir a comunidade jurídica de que a alteração do entendimento está sendo discutida, atendendo aos critérios e à proteção da confiança e da não surpresa. Esta regra restou consignada na exposição de motivos do projeto:

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ Idem.

²⁹⁷ “Art. 847. § 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”.

²⁹⁸ “Art. 847. § 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria”.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta²⁹⁹.

A preocupação estendeu-se, igualmente, aos efeitos que seriam conferidos às decisões promovedoras da alteração de entendimento³⁰⁰, consubstanciadas na atual redação do já citado artigos 847 do projeto, referidos na própria exposição de motivos:

De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos *ex tunc*. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso. (...) com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: “Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver **modulação** dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (grifos originais)³⁰¹.

Reconhece-se que “a dispersão excessiva da jurisprudência produz intranqüilidade social e descrédito do Poder Judiciário”³⁰². A adoção de medidas, ainda que não sejam absolutamente suficientes, demonstram a preocupação com a segurança jurídica emanada dos atos jurisdicionais e também aponta uma premente preocupação com um problema típico do Judiciário brasileiro: “a tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável”³⁰³.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “o projeto, contudo, perde a oportunidade de *explicitar* a necessidade de respeito aos *precedentes* em

²⁹⁹ Exposição de motivos novo CPC.

³⁰⁰ Apesar da proposta do texto legal não explicitar em sua redação o adequado tratamento do instituto da coisa julgada, a exposição de motivos deixa clara sua intenção de fazê-lo, evitando que estas decisões atinjam os casos já julgados e acobertados pelo manto da coisa julgada: “Esse princípio tem relevantes consequências práticas, como, por exemplo, a não rescindibilidade de sentenças transitadas em julgado baseadas na orientação abandonada pelo Tribunal”. Exposição de motivos novo CPC

³⁰¹ Idem.

³⁰² Idem.

³⁰³ Idem.

nossa ordem jurídica. Prefere trabalhar no *plano da jurisprudência* (arts. 285, IV, 317, I e II, 847, 853, 865, 895 e 956 a 959)³⁰⁴. A crítica segue no sentido de que não é qualquer decisão que tem o condão de formar um precedente, “o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”³⁰⁵.

Apesar das críticas pertinentes, louvável o trabalho desenvolvido pela comissão de eminentes juristas designados para elaboração do anteprojeto. Entende-se, porém, que tais medidas não necessitam de disposição expressa, como asseverado alhures, contudo, diante de uma infeliz realidade brasileira, em que muitas vezes a Constituição é interpretada aos sabores das leis e não ao contrário. As disposições, ao menos, demonstram um alarme institucional (posto que elaboradas pelo próprio poder estatal – Poder Legislativo) de percepção e reação ao sistema visivelmente em ruínas e que necessita de uma urgente reformulação – não de leis, necessariamente, mas de mentalidade.

Diante do revelado, é notória a triste realidade que acomete o Brasil. Felizmente, como se pôde observar, parte da comunidade jurídica já acordou para o reconhecimento das mazelas que acometem o Poder Judiciário, e da insuficiência na manutenção dos paradigmas atuais e a negação quanto à necessidade de mudanças na forma de pensar e de agir. As reflexões não se dão apenas diante dos problemas quase insolúveis instalados no setor interno – com a multiplicação de causas e recursos e a incapacidade de reação do Judiciário à demanda judicial latente e já existente – mas, principalmente, no reflexo externo disto, com o crescente descrédito desse Poder³⁰⁶ e, na mais grave de todas as consequências, na real impossibilidade que a promiscuidade da jurisprudência tem gerado de efetivar a segurança, a igualdade e a justiça, tidas como “valores supremos” pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Para ver isso é preciso haver efetivamente preocupação com a estabilidade do sistema. É preciso que a jurisprudência seja estável e confiável. É preciso

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 164.

³⁰⁵ Idem. p. 165.

³⁰⁶ Questão esta cientificamente comprovada através do Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil -, referido na primeira parte deste trabalho.

proteger a confiança e a boa-fé daqueles que seguiram o estabelecido pelos Tribunais, na administração da Justiça, aplicada à vida particular de cada indivíduo, evitando-se tanto as mudanças abruptas da jurisprudência quanto os efeitos retroativos destas sobre situações consolidadas na constância do entendimento anterior.

4.3 A NECESSÁRIA ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Preambularmente, faça-se o devido destaque a uma questão de suma importância na compreensão da ideia defendida no presente trabalho: a imprescindível adequação do uso dos precedentes com as realidades sociais concretas. A teoria da aplicação do *stare decisis* ao Direito brasileiro, com a vinculação dos precedentes das Cortes Extraordinárias, não ignora a dificuldade que tal medida poderá causar, se mal utilizada, com relação ao que muitos denominam de “engessamento” do sistema judiciário.

No decorrer do presente discurso, deve ter ficado claro que a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios em nada altera a verdadeira autonomia dos juízes singulares e dos magistrados das cortes inferiores, ao contrário, valoriza seu trabalho, na obtenção da justiça ao caso concreto. São esses juízes os únicos legitimados a alcançar a verdade dos fatos, a conjugar e exercer com mais proficiência os postulados do devido processo legal, para, ao final conferirem verdadeira eficácia ao direito material em questão. A vinculação pretendida dependerá, em absoluto, do emérito trabalho desses julgadores para o fim de possibilitarem a aplicação real e segura dos precedentes das Cortes Extraordinárias, como expressão de Justiça³⁰⁷.

Outra questão emergente na crítica à tese aqui defendida e que merece a devida análise, é a pertinente à suposta imutabilidade do sistema causada pela

³⁰⁷ É justamente aqui que se interpela a técnica do *distinguishing*, que se ocupou anteriormente. Possibilitando ao julgador ponderar as realidades concretas e reduzir a margem de abstração do precedente, se este não se mostrar adequado ao caso real sob análise. Pode, portanto, o juiz declarar que o caso sob julgamento diverge substancialmente do caso gerador do precedente, razão pela qual merece solução diversa. Lembrando, obviamente, que tal atividade deve ser exercida com responsabilidade e sempre mediante farta fundamentação – tendo-se, inexoravelmente, em conta o precedente que se pretende afastar, sem jamais ignorá-lo.

adoção dos precedentes. Impossível supor que os precedentes jurisprudenciais devem ser eternos, como afirmado por Nelson Nery Júnior:

A dinâmica da vida e dos fatos sociais indica a possibilidade de a jurisprudência ser alterada. Os tribunais devem acompanhar a evolução da sociedade em todos os seus matizes econômicos, sociais, culturais, políticos, religiosos etc. Não se poderia admitir o engessamento da jurisprudência dos tribunais em nome da segurança jurídica, pois a dose desse remédio, por ser excessiva, mataria o doente: *summum ius, summa iniuria*. Daí por que é quase que axiomática a afirmação de que os tribunais podem modificar sua jurisprudência³⁰⁸.

Perceba-se que, se uma das grandes bandeiras da tese dos precedentes obrigatório é justamente sua predominância em relação à lei - no alcance da justiça concreta -, sendo as decisões judiciais (aptas a gerar precedentes) elaboradas, não no campo da abstração imparcial da lei, mas, diante da realidade do caso concreto, das realidades concretas, das necessidades sociais, econômicas e políticas atuais, esta não pode ficar imune as alterações ocorridas nestes campos.

A estabilidade gerada pelas decisões judiciais não pode gerar, em contrapartida, a petrificação do sistema, tornando-o refratário às mudanças ocorridas no seio da sociedade que pretendem servir. Não podem, igualmente, ser tidas como verdades absolutas e inatingíveis, a ponto de inadmitirem a natureza humana capaz de cometer os mais diversos equívocos, especialmente, quanto do exercício da difícil missão de julgar.

A estabilidade deve ser conjugada com a adequação e a pertinência (ou consistência) social da norma em vigor – judicial ou legal. Certamente, atingir tal ponto de equilíbrio não é uma missão fácil de ser alcançada, mas dela depende a sobrevivência da teoria dos precedentes.

³⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 75/110.

Como observado por Benjamin N. Cardozo:

Atrás dos precedentes estão as concepções jurídicas básicas que constituem os postulados do raciocínio judicial, e, mais atrás, os hábitos de vida e as instituições sociais que deram origem a essas concepções e que estas, por sua vez, modificaram mediante um processo de interação³⁰⁹.

Não se ignora que um dos grandes diferenciais do *common law* e do *civil law* é que, no primeiro, o material principal de sua elaboração são os costumes e a tradição da sociedade – não necessitando de amparo no texto escrito, seja legal ou constitucional -, enquanto na *civil law*, a matéria prima de sua elaboração tende a ser a lei - formalmente elaborada e escrita. Como já se viu, nem uma, nem outra das hipóteses são absolutas e fechadas. Tanto é verdade que há diversas leis escritas nos países de tradição do *common law*, como as exigências do Estado Contemporâneo estenderam ao juiz do *civil law* uma margem de atuação muito além dos limites da lei escrita. Aliás, basta lembrar que, não raras vezes, no Brasil, são as decisões judiciais que ensejam a modificação da lei, e não o contrário.

Ante o panorama apresentado é necessário reconhecer-se, independente do sistema estudado, a não perpetuidade das normas. Tratar de um sistema estável e seguro é falar em um sistema justo, e somente assim o será se adequado às realidades sociais que demandam respostas por parte do Estado. Seja um sistema baseado em leis, seja um sistema baseado em precedentes, ou ainda, um sistema que logre conjugar as duas regras - como se propõe - a flexibilidade moderada é medida que se impõe para preservação do verdadeiro Direito – que algo é vivo e dinâmico.

Estabilidade não significa imutabilidade, ao contrário, indica a necessidade de observância de mudanças de forma racional e segura. Um sistema estável é aquele que consegue conferir segurança, confiança e igualdade, mesmo diante das modificações que são necessárias ao seu aperfeiçoamento. Embora a aplicação concreta desses valores não seja cristalina e de unívoca interpretação, a observação de alguns critérios torna a prática mais racional e possível, como se pretender delinear.

³⁰⁹ CARDOZO, B. N. *Op. cit.* p. 9.

4.4 OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA IRRETROATIVIDADE DOS ATOS JURISDICIONAIS

As condutas humanas - em sociedades civilizadas – têm como premissas determinadas fontes jurídicas descrevendo quais ações são permitidas, proibidas ou toleradas. Não se pode pensar em um Estado de Direito sem que “as regras do jogo” estejam previamente definidas e absorvidas pela sociedade.

O sistema jurídico tem o dever de bem gerir todas as situações humanas possíveis, de forma a esclarecer aos cidadãos exatamente os seus papéis sociais para de uma sociedade igualitária, segura e justa.

A mera prescrição do Direito não é, contudo, suficiente para o atendimento dos fins pretendidos, razão pela qual sempre existirão conflitos que demandam solução pelo Estado. Tais conflitos podem decorrer da violação de um direito preestabelecido ou do conflito pertinente à interpretação de dado direito, e é neste último ponto que reside o celeuma.

A verdade é que a decisão judicial sempre surgirá após o acontecimento dos fatos que são levados ao juiz, ou seja, após o surgimento do conflito. Mesmo nas tutelas preventivas, as situações fáticas já estão consolidadas, necessitando da intervenção estatal para se evitar a lesão de um direito que supostamente já existe e está sendo ameaçado.

A ideia de ordem jurídica preexistente às decisões judiciais – mediante a existência de leis formais - tem gerado a falsa ideia de que estas não têm de que se preocupar com os efeitos temporais³¹⁰ de suas consequências e alterações abruptas com relação a entendimentos consolidados.

A lei, tida nos sistemas de *civil law* como fonte primária do Direito, tem nítido caráter de irretroatividade. Ao “criar” um direito, a lei somente pode fazê-lo para situações futuras, não podendo, jamais, alcançar fatos realizados antes da sua entrada em vigor. Essa ideia está expressamente consagrada no rol de garantias fundamentais da República Federativa do Brasil no artigo 5º, XXXVI, da

³¹⁰ Com exceção das declarações diretas do Supremo Tribunal Federal cuja modulação de efeito é aceita, contendo, inclusive, previsão legal expressa. Questão esta que nos ocuparemos mais adiante.

Constituição: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”³¹¹.

A premissa de irretroatividade está arraigada às ideias do Estado Liberal, no qual o maior objetivo da lei era, justamente, restringir os poderes do Estado, ou melhor, proteger o cidadão dos desmandos do poder estatal, garantindo-lhe liberdade e igualdade. Tanto é que o mesmo artigo 5º da Constituição inicia seu rol de garantias fundamentais descrevendo, logo após a garantia da igualdade, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Isso demonstra a crença primitiva de que a lei, e somente a lei, seria fonte legítima de igualdade e de segurança – a já discutida ideia de supremacia ou de absolutismo da lei.

É evidente, contudo, que a premissa não é mais aceita, e não pode mais inspirar interpretações restritivas da Constituição, contrariando os preceitos necessários para efetivação da segurança jurídica. Afinal, “a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica”³¹².

Como analisado, em capítulo anterior, a segurança jurídica é elemento indispensável do Estado de Direito, tendo a própria Constituição, em diversas outras passagens, amenizado a ideia do absolutismo da lei, criando princípios que evidentemente demandam interpretação. Segundo Gustavo Zagrebelsky, o “constitucionalismo de nosso tempo consiste na fixação, mediante norma constitucionais, de princípios de justiça material destinados a informar todo o ordenamento jurídico”³¹³. Completa o autor:

³¹¹ Segundo nos conta Pontes de Miranda esta garantia já vem sendo consignada nas Constituições brasileiras desde a Constituição Política do Império do Brasil (art. 179). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentário à Constituição de 1967. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo 5. p. 5.

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31256>>. Acessado em: 06 ago. 2009.

³¹³ “El segundo rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico.” ZAGREBELSKY, G. *Op. cit.* p. 93.

Consequentemente, hoje, o direito não é só “o conjunto de considerações sobre as quais o arbítrio de um pode se conciliar com o arbítrio de outro segundo uma lei universal e a liberdade”, como afirma a famosa definição kantiana. Não é o puro e simples “acordo dos arbítrios”, segundo a depreciativa fórmula hegeliana. É o conjunto de condições nas quais necessariamente devem mover-se as atividades públicas e privadas para a salvaguarda de interesses materiais não disponíveis. É uma ordem objetiva prevista para limitar a instabilidade das vontades³¹⁴.

A necessidade de interpretação desses princípios constitucionais acomete não apenas o legislador - seu destinatário primário -, mas também as esferas dos demais poderes públicos responsáveis por executar (Poder Executivo) e aplicar (Poder Judiciário), não apenas a lei, mas também os valores e princípios constitucionais³¹⁵.

Forçosa é a interpretação constitucional de que a proteção insculpida no artigo 5º, XXXVI, da Constituição, reflete, em verdade, a proteção do passado com relação a todos os atos estatais, não apenas ao ato de criação da lei formal. A proteção descrita como garantia constitucional inabalável é a irretroatividade do Direito, sendo a lei apenas um de suas faces³¹⁶. Nas palavras de Antônio Roque Carraza, “a segurança jurídica, um dos pilares de nosso Direito, exige que as leis, os atos administrativos em geral e a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade. Daí falarmos em irretroatividade do Direito e não, apenas, das leis”³¹⁷.

Evidentemente, o Poder Executivo, está proibido de alcançar situações passadas, no exercício de suas funções, como aponta Misabel Abreu Machado Derzi:

Então, o sistema trabalha com a seguinte lógica: as normas regulamentares e os demais atos normativos do Poder Executivo somente podem viabilizar a execução das leis. Em decorrência, jamais retroagem, jamais determinam, validamente, a Invasão do passado, já que a lei, à qual se vinculam, não

³¹⁴ “*Consiguientemente, hoy en día el derecho no es solo «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad», como afirma la famosa definición kantiana. No es el puro y simple formal «acuerdo de los arbitrios», según la depreciativa fórmula hegeliana. Es el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles. Es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades*”. Idem., p. 94.

³¹⁵ No caso do Poder Judiciário, como já anotado, é conferida, inclusive, a função de controlar a própria constitucionalidade da norma legislativa.

³¹⁶ Ver nota 240.

³¹⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. *Op. cit.*

poderá fazê-lo. É o que, coerentemente, determina o art. 99 do Código Tributário Nacional. Confira-se:

“Art. 99. O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação, estabelecidas nesta lei”.

(...)

O tempo que o Poder Executivo contempla é, portanto, mesmo quando produz normas regulamentares, viabilizando a execução das leis, é o tempo passado, o *input* do sistema, no sentido tão somente de buscar as leis que fundam seus atos normativos. Não poderá pretender atingir o passado, anulando direitos, restringindo-os ou criando deveres, que a lei não instituiu. O que a lei não pode fazer, muito menos poderão os regulamentos de execução. O olhar do passado é posto no sentido de que a lei é prévia, necessariamente prévia aos regulamentos. O tempo da lei está num “agora” que já se deu em colação ao “agora” em que se dá o regulamento. Até mesmo o futuro, será aquele já filtrado pela lei. Trata-se de passado-futuro. Não mais do que isso³¹⁸.

Na lógica alcançada, no ímpeto de reforçar a interpretação constitucional, o próprio legislador cria mecanismos que garantam a atuação não retroativa do Poder Executivo como “garantia do passado”³¹⁹.

Essa funcionalidade foi positivada expressamente no processo administrativo no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei n.º 9784/99, conferindo aos litigantes em processo administrativo a garantia de “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação**”³²⁰ (negritou-se). Na mesma linha, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 146, determina:

A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

³¹⁸ DERZI, M. A. M. *Op. cit.* p. 453-455.

³¹⁹ “a certeza de que serão respeitados o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, dá às pessoas a chamada ‘garantia do passado’, o que leva à irretroatividade do próprio Direito”.³¹⁹ CARRAZZA, R. A. *Op. cit.*

³²⁰ Narra Tércio Sapaio Ferreira Jr.: “Consoante esse princípio, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por exemplo, em sua atividade judicante, quando, ao decidir, inaugura entendimento novo em face de reiterada jurisprudência anterior, o proclama só para casos futuros e deixa de aplicá-lo para casos anteriormente ocorridos, isto é, cuja ocorrência é anterior ao novo entendimento, inclusive o caso em julgamento”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p.1/34.

Neste último exemplo legislativo, regulador da atividade executiva do Estado, depreende-se a própria assunção de que o Poder Judiciário pode, através de decisão, alterar critérios jurídicos adotados pela administração fazendária.

Resta evidente que a lei (e a própria Constituição) não possui uma única e eterna interpretação, seja por parte dos próprios poderes do Estado, seja por parte dos cidadãos.

Nos exemplos mencionados, é a própria lei que reconhece a fragilidade de seus mandamentos, determinado ao Poder Executivo, na tarefa de executar a lei, o poder - e o dever – de alterar seus posicionamentos, com vistas a atender às realidades sociais, políticas e econômicas vigentes. Reconhece, portanto, o dever do administrador público de buscar eternamente a melhor forma de execução da norma.

O reconhecimento espelha a realidade já posta de que uma norma comporta mais de uma interpretação. Dentro de uma gama de possibilidades (a denominada moldura descrita por Kelsen), deve, o exegeta, escolher apenas uma, dentre todas as possíveis, que se mostre mais adequada ao caso concreto, afastando ou negando todas as demais. Pode ser que as demais possibilidades afastadas não sejam de todo equivocadas, apenas não sejam as mais corretas e adequadas diante das características da situação concreta posta.

O caráter abstrato das normas gerais propicia uma realidade interpretativa ampla, e, conquanto, a partir da concretização dos valores legais na execução da norma, os parâmetros legais foram definidos (nem ampliados, nem restringidos, apenas definidos) e devem ser seguidos, criando um padrão previsível de condutas para os administrados. Os cidadãos podem, assim, pautar suas condutas conforme as diretrizes ditadas pelo Poder Público, com fé e confiança no conteúdo concreto da norma.

A preocupação com os critérios temporais da execução das normas, extraída dos exemplos colacionados, decorre da possibilidade de com o tempo, as escolhas interpretativas sejam alteradas, descartando o entendimento outrora eleito, e substituindo-o por outro entendimento, que apesar de igualmente legítimo, havia sido afastado.

Por serem as interpretações geradoras de condutas concretas por parte da administração pública, servindo de suporte legítimo capaz de orientar validamente

as condutas dos cidadãos, devem, também, com relação a elas, ser observados os princípios relacionados às alterações legislativas propriamente ditas. Em outras palavras, qualquer alteração capaz de romper com uma ordem de conduta preestabelecida somente pode ser modificada após seu prévio conhecimento pelos sujeitos destinatários da norma alterada, para que, daquele momento em diante, possam readequar suas condutas na observância dos preceitos legais vigentes (ou melhor, da atual interpretação desses preceitos, a qual, em última análise, será a “norma” de fato exigível).

Quando o cumprimento voluntário do Direito falha, seja por ato público ou privado, o Poder Judiciário é invocado para “realizar” o direito. Quando a lei não se mostra suficiente a regular as condutas públicas ou privadas, é o Judiciário que assume a função de “fazer valer” a lei e a Constituição – de dizer o que é o Direito afinal. Aliás, como se viu, o Judiciário pode, inclusive, afastar a validade de uma lei, se em desconformidade com a Constituição, ou mesmo definir a interpretação desta última (declaração parcial de nulidade sem redução de texto e interpretação conforme) – a inafastabilidade da jurisdição é princípio constitucional consagrado: artigo 5º, inciso XXXV.

É o Poder Judiciário que detém, em última análise, o poder de interpretar as normas, dando-lhe sentido e colorido. As orientações do Poder Judiciário são as fontes mais seguras para servir de guia aos cidadãos. Quando a lei formal não é suficiente, ou a sua execução não ocorre da forma que se entende devida, é o Poder Judiciário que irá definir, em concreto, como deve ou não ser a aplicação da norma posta no cerne do conflito – ou pelo menos assim deveria ser.

De igual medida, o discurso posto com relação à interpretação desempenhada pelo Poder Executivo, na escolha de significados das normas e no constante aperfeiçoamento de seus entendimentos, é ainda maior com relação ao Poder Judiciário, nas palavras de Misabel Abreu Machado Derzi:

Se, supervenientemente, o Poder Judiciário altera o seu entendimento e muda a sua decisão, escolhendo uma outra solução (antes possível, em razão do leque de significados da cadeia de signos), cria nova norma, específica e determinada. Tal norma nova equivale a uma nova lei, pois a lei anterior, ainda vigente no sentido formal, tinha sido dotada de um só conteúdo, unívoco, pois sofrera o esvaziamento dos demais sentidos alternativos, por decisão do próprio Poder Judiciário.

Não é demais dizer que o Poder Judiciário, muito mais do que interpretar a norma, elege princípios que vão regular o caso concreto, e, obviamente, devem ser coerentes para regular todos os casos assemelhados³²¹.

Anotem-se as observações de Tércio Sampaio Ferreira Júnior:

O que se aplica, então, é o princípio encontrado, donde a utilização dos critérios que nele se fundam para as situações presididas pelo mesmo princípio. Na indução amplificadora, não há obtenção de uma regra mediante generalização, mas o encontro de um princípio vigente. O fundamento da indução amplificadora não é uma semelhança empírica (juízo sintético), mas a percepção de uma ordem coerente (juízo abduativo)³²².

Como exposto, são as decisões judiciais os suportes mais seguros para determinar pautas de condutas exigíveis pelos cidadãos. São as decisões judiciais os elementos mais capazes de gerar previsibilidade ao ordenamento, confirmando e reafirmando o princípio da segurança jurídica.

Como afirma Tércio Sampaio Ferreira Júnior: “na verdade, os precedentes, sobretudo dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiadamente grande, passam, após a decorrência de um tempo razoável, a ser considerados uma espécie de ‘direito vigente’”³²³.

Como suportes que são, devem as decisões judiciais ser estáveis, uma vez que, sob estas, repousa a confiança dos cidadãos no próprio Estado. O Estado deve agir de forma coerente, honrando suas próprias determinações sem frustrar a confiança depositada na instituição que representa. “Afim, máxime num Estado Democrático de Direito como o nosso, as pessoas não podem ser sancionadas, justamente por haverem se norteado na bússola do Poder Judiciário”³²⁴.

Ana Paula Ávila destaca a posição constitucional do princípio da proteção da confiança:

³²¹ Vide entrevista concedida à Revista Conjur por Lenio Streck em 15 de março de 2009. (PINHEIRO, Aline. Ativismo judicial não é bom para a democracia. *In*: Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2009).

³²² FERRAZ JR., T. S. *Op. cit.*

³²³ *Idem.*

³²⁴ CARRAZZA, R. A. *Op. cit.*

A fundamentação constitucional dos princípio da proteção da confiança se faz prioritária na medida em que as garantias dos cidadãos em face do Poder Público somente cumprem adequadamente o seu papel se estiverem expressa ou implicitamente admitidas na Constituição. Do contrário, preverse-ia o princípio da proteção da confiança de sua operatividade normativa, atribuindo-lhe um valor de caráter meramente interpretativo ou integrativo. Ante a ausência de previsão expressa, considerar o princípio da proteção da confiança como um princípio constitucional é, no entanto, uma questão de interpretação constitucional. Na jurisprudência como se viu, ele se justifica como decorrência da segurança jurídica e do papel fundamental que esta exerce para realização do princípio do Estado de Direito³²⁵.

Contrariar suas próprias decisões é ferir a confiança dos jurisdicionados, e, muito mais que isso, é romper com a boa-fé (objetiva)³²⁶ que deveria nortear toda e qualquer relação jurídica existente, inclusive aquelas entre particulares e o Estado – ou mesmo internas ao próprio Estado. Veja-se:

Não podemos deixar de mencionar, ainda, o princípio da boa-fé, que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, exigindo que tanto o Poder Público, quanto o cidadão, respeitem as conveniências e interesses do outro e não incorram em contradição com sua própria conduta, na qual a outra parte confia (proibição de *venire contra factum proprium*)³²⁷.

Nelson Nery Júnior, apoiado no direito comparado, conclui que o princípio da boa-fé é decorrência direta do princípio insculpido no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Na literatura jurídica alemã, existe entendimento que aplica à administração o instituto da *Verwirkung* - uma espécie de "decadência", de "renúncia tácita", causa extintiva de direito —, como decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva, que impede a Administração de praticar um ato, se for incompatível com o que praticara anteriormente relativamente ao mesmo administrado.
(...)

³²⁵ ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 154.

³²⁶ "A boa-fé divide-se em *subjetiva* e *objetiva*. O instituto é um só, visto de turma dicotômica e, por isso mesmo, com regimes jurídicos diferentes.

A boa-fé *subjetiva* é caracterizada pela intenção de a parte ou a administração não lesar a parte contrária ou o administrado. A quebra dessa base subjetiva caracteriza vício da vontade e, portanto, pode ensejar a anulação do ato ou negócio jurídico privado ou administrativo.

A boa-fé *objetiva*, ao contrário, se consubstancia na conduta que se espera da parte ou da administração, independentemente de sua manifestação de vontade, de sua intenção em praticar o ato ou de celebrar o negócio jurídico privado ou administrativo. É, pois, *regra de conduta*, de conteúdo e eficácia *jurígena*, vale dizer, é fonte criadora de direitos e de obrigações tal como a lei em sentido formal". NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.*

³²⁷ CARRAZZA, R. A. *Op. cit.*

A doutrina suíça sempre entendeu que a boa-fé estava implícita na Constituição suíça de 29 de maio de 1874, sob o ângulo do princípio geral da igualdade de tratamento, donde é lícito concluir que em nosso sistema constitucional está fundamentada essa garantia fundamental na CF 5º *caput* e inciso I (isonomia de tratamento)³²⁸.

Neste sentido, “nunca é demais insistir que o Estado deve inspirar confiança nas pessoas e, portanto, não pode punir os que, munidos de boa-fé agem em consonância com o que o próprio Poder Judiciário, vezes sem conto, decidia ser o mais correto e adequado”³²⁹.

Supor-se que o Poder Judiciário não estaria limitado pela garantia constitucional da irretroatividade, seria contrariar o próprio desiderato constitucional.

Embora não se desconheça que a lei pode, e, na maioria das vezes, deve, servir de suporte às decisões judiciais, a sua interpretação pode vir a ocasionar um direito/dever novo no ordenamento, através da aplicação concreta desse entendimento, pois como já assinalado, as decisões judiciais julgam fatos pretéritos, já ocorridos no mundo dos fatos, no momento da decisão. Misabel Abreu machado Derzi explica:

Em resumo, a regra é e deverá continuar sendo: as sentenças estão voltadas para trás, decidem casos ocorridos em momentos anteriores, com base em leis também prévias ao “agora” da decisão. Esse é um fenômeno natural, já que a sentença aplica a lei em vigor no momento do acontecimento dos fatos. Essa a lógica do sistema³³⁰.

Por isso é preciso ter o julgador consciência de que, na aplicação do Direito, não apenas os critérios formalmente jurídicos devem ser observados, mas, igualmente, deve se preservar a consistência do ordenamento, não permitindo que novos entendimentos venham a atingir situações perpetradas na vigência de entendimentos anteriormente consolidados – seja com suporte na interpretação da Constituição, das leis ou mesmo de decisões precedentes. Afinal, “a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade

³²⁸ NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.*

³²⁹ CARRAZZA, R. A. *Op. cit.*

³³⁰ DERZI, M. A. M. *Op. cit.*

das conseqüências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’³³¹.

Por serem as mutações jurisprudenciais equiparadas logicamente à lei, para efeitos de aplicação da proibição de retrocesso, Misabel Abreu Machado Derzi anota:

É efetivamente incrível que o legislador, que politicamente pode mais, sofra tão grandes restrições, postas na Constituição. A insistência constitucional em relação ao princípio da irretroatividade é notável e singular. No entanto o juiz, em princípio vinculado à lei, não está constrangido por qualquer limitação, pode ir ao passado, ao presente e ao futuro, na verdade jungido por uma destemporalização digna dos deuses. Ele pode encontrar novamente o Direito todas as vezes que modificar o seu entendimento, sem conseqüências, a respeito da mesma Constituição, da mesma lei e dos mesmos fatos. Por isso mesmo, constatando essa realidade, a teoria da argumentação atribui à sentença, as características da universalização e da inércia, para referir-lhe a vocação de se estender a outros casos do mesmo grupo e a tendência ao continuísmo, à repetição indeterminada no tempo. Quando, não obstante, advém uma verdadeira modificação de entendimento jurisprudencial, impõe-se o respeito àqueles que confiaram nos comandos judiciais e que, de acordo com aqueles comandos, de boa-fé conduziram seus negócios e tomaram suas decisões de vida.

Do raciocínio, surge a necessidade de se prestar homenagem aos que fundamentamente pautaram suas condutas no Direito vigente, seja o descrito nas normas legislativas, seja o definido como tal pelas decisões judiciais, preponderantemente, as decisões das Cortes legitimadas a promover a definição final do Direito (STF e STJ)³³², conferindo ao jurisdicionado e ao próprio ordenamento um mínimo essencial de segurança jurídica.

J. J. Gomes Canitilho esclarece:

A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizados do princípio geral de segurança:

1) O princípio da determinabilidade das leis (exigência de leis claras e densas);

³³¹ MARINONI, L. G. O precedente - na dimensão da segurança jurídica.

³³² Roque Antônio Carrazza é ainda mais incisivo: “Ousamos dizer que é mais importante a irretroatividade da jurisprudência, que das próprias leis. Com efeito, é a jurisprudência que, ao dizer reiteradamente o direito (de *ius dicere*), faz chegar, às pessoas, o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das normas jurídicas constitucionais, legais ou infralegais. A observação, cresce de ponto, quando se está diante de jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores, já que eles demarcam, em definitivo e com força institucional, o caminho que o Direito espera seja palmilhado pelas pessoas”. CARRAZZA, R. A. *Op. cit.*

2) O princípio da protecção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas de previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos³³³.

O Judiciário por ter especial função na determinabilidade do conteúdo material das leis, tem estendido a ele o dever de manter estável o Direito. Esta conclusão, como já se viu, decorre da própria Constituição e das competências atribuídas aos Tribunais Extraordinários.

Ademais, as decisões que definem o conteúdo material dos direitos, garantindo sua aplicação no caso concreto, não podem ser volúveis³³⁴. A multiplicidade de decisões sobre um mesmo tema, pautadas em fatos assemelhados, ao invés de conferirem certeza ao Direito por meio de interpretações unívocas das leis, promovem a desordem - jurídica e social - e por consequência a descredibilidade de todo o sistema³³⁵.

Um sistema instável não é um sistema seguro, muito menos um sistema confiável, como expõe Ingo Wolfgang Sarlet:

Importa lembrar aqui o fato de que a protecção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais - o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a protecção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso³³⁶.

(...)

O princípio da protecção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade

³³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 375 e 376. *Apud* DELGADO, J. A. *Op. cit.*

³³⁴ “Estas observações, no tocante à interpretação e aplicação pelos juízes e Tribunais, enquadram-se satisfatoriamente como conjeturas ou prognósticos do homem comum ou dos juristas em geral, quando a previsibilidade dos julgamentos, e que constitui a base da segurança jurídica: a razoável estabilidade das decisões, segundo os parâmetros da lei e da Constituição”. SOUZA, C. A. M. *Op. cit.* p. 69.

³³⁵ “O sentimento de insegurança jurídica que o cidadão de hoje experimenta com muita frequência, não nasce somente da acumulação de textos legais, mas nasce também, em estoque normativos constante, da frequência dos cambiamentios da lei, e porque não dizer, da diversificação jurisprudencial”. *Idem.*, 129.

³³⁶ SARLET, I. W. *Op. cit.*

e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas³³⁷.

(...)

Como concretização do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança serve como fundamentação para a limitação de leis retroativas [Direito retroativo], que agridem situações fáticas já consolidadas (retroatividade própria), ou que atingem situações fáticas atuais, acabando, contudo, por restringir posições jurídicas geradas no passado (retroatividade imprópria), já que a idéia de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual³³⁸.

É necessário que se estabeleça uma relação de confiança entre o cidadão e a ordem jurídica: é preciso que o “homem comum” acredite no Direito, através de “pautas razoáveis de previsibilidade”³³⁹.

Um direito instável é um direito inseguro e também desigual:

No que se refere à jurisprudência, sua uniformidade apresenta-se como um pressuposto da realização da segurança jurídica, aqui também posta como expressão do princípio da isonomia, em virtude do qual não se poderia admitir tratamento jurisdicional diverso a questões idênticas que lhe sejam submetidas. Trata-se, em outras palavras, de segurança jurídica derivada da coerência decisória, que permite ao particular uma antecipação certa e segura das consequências jurídicas a serem imputadas pelo judiciário a seus atos e relações, o que representa, em última análise, elemento de unificação do próprio ordenamento jurídico³⁴⁰.

Assim, não há qual diferença significativa com relação à necessidade de confiança e de previsibilidade com relação ao sistema adotado nos países do *common law* ou do *civil law*. Não importa qual seja a carga filosófica ou ideológica adorada por um Estado, se este pretende ser um Estado de Direito. É indispensável que sua ordem seja estável, sob pena de fenecer sob a ausência da segurança jurídica de seus próprios atos. Misabel Abreu Machado Derzi pondera:

CARNEIRO DA FRADA tem o grande mérito de fundamentar o princípio da proteção da confiança, em si mesmo, “missão do Direito”, como princípio ético-jurídico que, embora não positivado de modo expresso em lei, é imposição forte de justiça. Ainda é verdade que a responsabilidade pela confiança é, como expressamente já apontara CANARIS, um princípio ético-jurídico que permanece como pano de fundo, sempre aflorando naqueles casos em que a segurança-garantida, disponibilizada e regulada pela ordem

³³⁷ Idem.

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *In: Revista Diálogo Jurídico*. ano I – vol. I – n.º. 4 – julho de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil

³³⁹ SOUZA, C. A. M. *Op. cit.* p. 79.

³⁴⁰ Idem., p. 209-210

jurídica, fracassa. O princípio da boa-fé também se mantém, em muitos aspectos, de forma subsidiária, manifestando-se quando a equidade se faz necessária (aliás essa é uma de suas funções). Ambos, princípios éticos, o princípio da proteção da confiança e da boa-fé, são formas de compensação corretiva da justiça, guardando fluidez e indeterminação em sua materialidade. Mas revelam-se juntos, nos casos concretos, em que as circunstâncias fáticas tornem imperativa a intervenção para restabelecer o equilíbrio entre as partes, na casuística da jurisprudência³⁴¹.

Se decisões judiciais são fontes de interpretação e de referência para o cidadão que pretende regular suas condutas, ou mesmo para o que pretende a exigência de um direito já consagrado pela jurisprudência, a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios é apenas o reconhecimento expresso disso. O *stare decisis* confere legitimidade às expectativas do cidadão, na crença e na confiança nos atos do Estado, imprimindo certeza ao Direito e garantindo, no mínimo, que o Estado (no caso o Estado-Juiz) não agirá de forma contrária as suas próprias ações, prejudicando este ou aquele cidadão que se inspirou nas ordens do Estado para bem gerir sua vida.

4.5 OS EFEITOS DAS DECISÕES QUE ALTERAM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A par da estabilidade da jurisprudência, na construção de um Direito capaz de responder aos preceitos do Estado Constitucional, as modificações da jurisprudência são igualmente necessárias, todavia, devem ser realizadas com as cautelas que a preservação dos valores do Estado exigem. Não é possível que a alteração dos entendimentos dos tribunais, especialmente os Tribunais Extraordinários, ocorra de forma inesperada e acometa os cidadãos com uma grave crise de segurança.

As mudanças, embora necessárias, devem respeitar as situações que se consolidaram durante a vigência do entendimento anterior, com observância do princípio da proteção da confiança e da não surpresa, mediante o respeito ao princípio da irretroatividade do direito, já revisado.

³⁴¹ DERZI, M. A. M. *Op. cit.* p. 564.

A questão que ora se põe é a de como atingir o objetivo com relação às decisões judiciais.

No capítulo anterior, fora amplamente debatida a questão pertinente à modificação dos precedentes, no sistema de *common law*, do qual vamos resgatar o raciocínio para seguir adiante.

Embora com alguma resistência, a possibilidade de superação e de revisão dos precedentes no *stare decisis* já é matéria pacificada. Não tão tranquila é a questão pertinente aos efeitos dessas modificações.

Como se viu, existem diversas técnicas que visam a afastar o uso de um precedente que não se mostre adequado à realidade dos casos concretos, com especial destaque às técnicas do *distinguishing*³⁴² e do *overruling*.

Não há dúvidas que ambas as técnicas devem ser transportadas ao Direito brasileiro quando da adoção de um sistema de precedentes vinculantes, porém, ocupar-nos-emos aqui dos efeitos gerados pelo denominado *overruling*, ou, na realidade brasileira, a revogação/modificação de um entendimento consolidado (precedente) das Cortes Extraordinárias.

A teoria pautada na função jurisdicional estritamente declarativa, pela qual o juiz tão somente interpreta dos preceitos legais preexistentes, sem qualquer função criadora, tem levado parte da doutrina a concluir que o entendimento jurisprudencial, seja ele vinculante ou não, deverá sempre deter efeitos retroativos.

Nesta teoria, a premissa é a de que, se as decisões judiciais limitam-se à interpretação e à aplicação dos preceitos legais, elas operariam sempre retroativamente - uma vez que não sendo atributivas de direito e sim reconhecedoras do direito preexistente, não podem ultrapassar a existência e validade dos atos que interpretam. Agir retroativamente seria conferir a todos igual tratamento diante do mesmo texto legal.

A igualdade formal conferida pela lei e pela aplicação sempre retroativa das decisões judiciais a seu respeito, parte da ideia de que todos devem ser tratados igualmente perante uma lei, porém, ignora as circunstâncias particulares de cada caso concreto, que podem demandar tratamentos diferenciados. O tratamento

³⁴² Sobre o tema da aplicação desta técnica do *distinguishing* ao Direito brasileiro veja: MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 353-388.

diferenciado a situações diferenciadas, conjugadas ao ideal de que casos iguais devem ser tratados de forma igual, é o que confere conteúdo ao princípio da isonomia. Permitir que casos formalmente iguais sejam diferenciados, a partir de suas idiossincrasias, é concretizar a igualdade material.

É a igualdade material que deve ser protegida pelo sistema jurídico, na criação, execução ou aplicação do Direito. Conjugados à igualdade devem ser trabalhados os princípios, já expostos, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, que conduzem à irretroatividade do Direito, e são corolários da segurança jurídica – e, com ela, do próprio Estado Democrático de Direito. Assim, somente estará preservada a isonomia (material) quando os indivíduos atingidos pela norma tiverem tido as mesmas condições para conduzir suas vidas e programar suas condutas.

Impositivo concluir que a retroatividade é válida desde que não atinja a justa confiança e a boa-fé que devem emanar dos atos públicos. A irretroatividade somente se torna pertinente, portanto, quando aplicada com relação à inovação ou à alteração da ordem estabelecida. Os atos protegidos pela irretroatividade serão apenas aqueles capazes de romper com o pacto de confiança e boa-fé estabelecidos com o Estado, preservando-se a segurança do sistema jurídico uniforme e harmonicamente concebido.

O norte a ser seguido será sempre o da segurança jurídica, “logo, para que não reste comprometida a segurança jurídica, a alteração jurisprudencial, após longo período de prevaecimento, deve produzir apenas efeitos *prospetivos* e, em alguns casos, até diferidos, permitindo a sobrevivência da interpretação ao final invalidada”³⁴³.

A modulação dos efeitos dos atos jurisdicionais não é novidade nos países de *common law*, que expressamente reconhecem – pelo menos quanto à alteração dos precedentes – a função criadora da jurisprudência. Com um pouco mais de resistência, os países do *civil law* vêm assimilando a ideia e trabalhando-a, especialmente, no controle da constitucionalidade das normas. A modulação de

³⁴³ CARRAZZA, R. A. *Op. cit.*

efeitos, com relação aos atos judiciais vinculativos, também não é novidade, no Direito brasileiro.

Nas decisões admitidas atualmente como capazes de gerar efeito vinculante, no Direito brasileiro, os feitos delas assumem relevância e discussão na doutrina, admitindo-se expressamente a aplicação prospectiva desses atos jurisdicionais, algumas vezes, inclusive, diferidas.

Ao tratar da súmula vinculante, por exemplo, a própria Constituição define, em seu artigo 103-A, os efeitos prospectivos da edição da súmula: “**a partir de sua publicação na imprensa oficial**, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (negritou-se).

Embora o efeito da norma editada pelo Judiciário seja, aparentemente, prospectivo, em realidade, tem atingido fatos passados. O Supremo Tribunal Federal tem entendido o limite estabelecido no texto constitucional (“a partir de sua publicação na imprensa oficial”) como marco para instituição do efeito vinculante e não para o tempo dos fatos. Mesmo que os fatos tenham ocorrido anteriormente à publicação da súmula, sendo a decisão judicial posterior, tem prevalecido à aplicação da súmula³⁴⁴. Nestes casos, os atos jurisdicionais, aparentemente, não têm respeitado o princípio da irretroatividade do Direito, uma vez que, apesar da pretensão de atuação somente para o futuro, acomete situações concretas pretéritas, atingindo o fato jurídico pretérito³⁴⁵ – embora não seja capaz de atingir a coisa julgada.

³⁴⁴ “(...) 9. Não procede o quanto definido no acórdão reclamado, no sentido da inaplicabilidade da Súmula Vinculante n. 9 a faltas graves cometidas anteriormente a sua publicação por ofensa a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais rigorosa. 10. A Constituição do Brasil estabelece que a súmula aprovada nos termos do artigo 103-A, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta. 11. O acórdão reclamado foi proferido em 7.8.08, data posterior à publicação da referida súmula, sendo, portanto, cabível a reclamação”. RCL n.º 6752, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 10/12/2009. No mesmo sentido: RCL n. 8.061, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 13.8.09; RCL n. 7.359, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 29.6.09; RCL n. 7.130, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 19.6.09; RCL n. 6.950, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 22.6.09, entre outras.

³⁴⁵ “Esta distinção não é estranha à jurisprudência do STF. O Ministro Moreira Alves (RT 127/801), num sentido semelhante à distinção entre a proteção mais genérica a eventos futuros (jurídicos), distingue, com Ponte de Miranda, entre ‘noção ampla de ato jurídico perfeito’ e a noção estrita. Assim, o ato jurídico perfeito seria apenas uma espécie de fato jurídico pretérito. Qualquer fato, ocorrendo no tempo e no espaço entra em algum sistema jurídico. O ato jurídico perfeito acabado é um deles.

A base para o raciocínio acima exposto com relação à irretroatividade do Direito – incluídos os atos jurisdicionais – está pautada na premissa de os atos estatais não poderem atingir a segurança jurídica, ferindo a confiança e a boa-fé depositadas nos entendimentos jurisprudenciais. Note-se que, no caso da edição primária da súmula vinculante, provavelmente esta estará pautada na reiteração de decisões em igual sentido, e, mesmo atingindo fatos passados, sua edição era previsível ou, ao menos, possível. Não há confiança justificada nos atos praticados em desobservância ao conteúdo da nova norma, se não existia qualquer norma, interpretativa ou criativa, existente em sentido contrário. Em outras palavras, não havia o julgador definido o conteúdo da norma legal, afastando, por consequência, os demais entendimentos, portanto, o entendimento agora consolidado é um entendimento válido e pontencialmente justo.

Situação diversa é sofrer a norma descrita no enunciado da súmula, alteração ou revogação, ou mesmo sua edição se dar num contexto de entendimentos indeterminados, podendo configurar nítida inovação na ordem normativa. Existindo uma norma, decorrente de um ato judicial, na qual os cidadãos poderiam legitimamente pautar suas condutas, a edição de uma nova norma, sua alteração ou sua revogação não podem ignorar a possibilidade de maltratar os princípios da proteção e da boa-fé depositada nos atos estatais. Diante da realidade apresentada o legislador, por meio da Lei n.º 11.417/2006, regulamenta o artigo 103-A da Constituição da República e disciplina a possibilidade de modulação dos efeitos destas decisões:

Art. 4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Donde, a proteção contra a retroatividade, genericamente, deveria ter sido formulada '[a lei nova] não incidirá sobre os fatos jurídicos pretéritos, inclusive atos jurídicos perfeitos'. *Apud* FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. *In*: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. 2. Ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 1-34.

Embora não sejam as súmulas propriamente precedentes, nem representem nítida aplicação do controle abstrato, o raciocínio legislativo segue a lógica expedida nos procedimentos do controle concentrado de constitucionalidade. Nas decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade, a modulação de efeitos já foi reconhecida como medida indispensável à manutenção da ordem e da segurança jurídica, como explica Jorge Miranda:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

Uma norma como a do art. 282, n. 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência.

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. E assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusta ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resulta do desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra - embora não sempre - um resultado juridicamente errado³⁴⁶.

No Brasil, é exemplar a decisão alcançada na ADI 2240, consagrando-se o princípio da segurança jurídica em detrimento do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Em resumo, versa a aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade a respeito da Lei n.º 7.619/2000 do Estado da Bahia que criou o Município de Luiz Eduardo Magalhães. A referida lei estadual, contudo, não observou a regra instituída por meio da EC 15/1996 que exige a existência lei complementar federal para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios, confrontando a Constituição.

³⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra, 1991. t. 2. p. 500-2. *Apud* FERRAZ JR., T. S. CARRAZZA, R. A. NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. xviii.

Não havia dúvidas de que a presente lei estadual era inconstitucional – e assim sempre o foi desde a sua criação – pois em desconformidade com o texto constitucional. Todavia, percebeu-se que a existência da referida lei, durante mais de um lustro, havia consolidado diversas situações fáticas que mereciam atenção.

Durante a vigência da lei foram realizadas eleições municipais (vereadores, prefeito e vice-prefeito foram democraticamente eleitos), leis municipais foram editadas (inclusive a lei orgânica do município), pessoas nasceram, casaram e morreram mediante assento nos registros públicos do município, ou seja, situações concretas foram realizadas³⁴⁷. Os munícipes confiaram e acreditaram na criação do município e passaram a gerir suas vidas na confirmidade da realidade fática.

Pautado nessas razões, o Ministro Eros Grau (Relator), inicialmente, posicionou-se pela improcedência da ação, com fundamento na segurança jurídica como se vê:

O Município de Luís Eduardo Magalhães existe, verdade, em confronto com o disposto no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil. Lembro, no entanto, conhecida observação de KONRAD HESSE: na vida da

³⁴⁷ Em análise detalhada o Ministro Eros Graus – Relator - chega a apresentar dados concretos destas realidade em seu voto original: “O Município - permito-me repeti-lo - o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato. No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. No dia 19 de julho de 2.001, foi promulgada a sua lei orgânica. O Município legisla sobre assuntos de interesse local; até maio de 2.006, foram sancionadas mais de duzentas leis municipais. o Município elegeu seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território - isto é, no Município de Luis Eduardo Magalhães - foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O Município recebe recursos federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais. Segundo dados obtidos no sitio do IBGE [www.ibge.gov.br], no ano de 2.000 foram realizadas eleições no Município de Luis Eduardo Magalhães, organizadas pelo TRE-BA, de que participaram 9.412 eleitores. Em 2.004, eram 20.942 os eleitores do Município. No ano de 2.001 o Município contava com 18.757 habitantes, que se movimentam numa frota de 2.921 veículos. A população estimada pelo IBGE em 2.005 é de 22.081 habitantes. A frota, por sua vez, saltou para 3.928 veículos em 2.004. Em 2.002 foram assentados 469 nascimentos no cartório de registros públicos. Em 2.003 foram 383 registros. Também em 2.002, o Município recebeu quotas do Fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$ 4.011.364,34 e do FUNDEF da ordem de R\$2.128.461,58. No ano seguinte, R\$ 4.237.187,52 do FPM e, em 2.004, R\$ 4.305.244,00 provenientes do FUNDEF. Em 2.003 contava com 8.174 alunos matriculados, 7.842 na rede municipal de ensino, composta por 14 escolas e 262 docentes. No sitio da Prefeitura Municipal [www.luiseduardomagalhaes.ba.gov.br], dá-se notícia de que a cidade possui 7.000 aparelhos de telefone instalados, com o maior consumo per capita em telefonia celular do Estado da Bahia. Em suma, o Município de Luis Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política”. ADI N.º 2240, Pleno do STF, Relator: Ministro Eros Grau, DJ 03/08/2007.

coletividade em realidade que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importantes, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento (da realidade inconstitucional) ou para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. No caso, existe uma realidade material, um Município, um ente federativo dotado de autonomia política. Não é possível retornarmos ao passado, para anular esta realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los. O Município de Luís Eduardo Magalhães, ente da federação brasileira, é titular de autonomia municipal desde a sua criação. Como, agora, anular essa autonomia? Pois é certo que a supressão dessa autonomia, afirmada por efeitos concretos produzidos, consubstanciaria franca agressão à estrutura federativa, ao princípio federativo. A decisão política da criação do Município violou a regra constitucional, mas foi afirmada, produzindo todos os efeitos dela decorrentes. O preceito veiculado pelo § 4º do artigo 18 da Constituição visa a impedir a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios fora de período determinado por lei complementar federal. Como o Legislativo omitiu-se, deixando de produzir essa lei complementar, e o ente federativo surgiu, existindo como tal, a aplicação do preceito para que se declare a inconstitucionalidade do ato legislativo estadual e a inconstitucionalidade institucional do Município agravando a moléstia do sistema. Se da aplicação de uma norma resulta um desvio da finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma. Precisamente isso se daria no caso, se a autonomia do ente federativo viesse a ser anulada³⁴⁸.

O Ministro Gilmar Mendes pediu vista, e proferiu seu voto pela declaração da inconstitucionalidade da norma, porém, com a eficácia prospectiva e diferida da mesma, conferindo validade à norma inconstitucional pelo prazo de vigência já existente, estendendo-o por prazo razoável, para que haja possibilidade de adequação formal da norma aos parâmetros constitucionais.

Em sua fundamentação expôs:

Não se pode negar a relevância do princípio da segurança jurídica neste caso. Porém, estou convicto de que é possível primar pela otimização de ambos os princípios [princípio da segurança jurídica e da nulidade da lei inconstitucional], tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar³⁴⁹.

Após longa e detalhada análise do direito comparado e da declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos, consignou o Ministro Gilmar Mendes:

³⁴⁸ ADI N.º 2240, Pleno do STF, Relator: Ministro Eros Grau, DJ 03/08/2007.

³⁴⁹ Idem.

Não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico ou, em casos extremos, produzir aquilo que alguém chamou de um "suicídio democrático", cujo melhor exemplo seria a declaração de nulidade de uma lei eleitoral de aplicação nacional a regular a posse dos novos eleitos. Restou, assim, superada, por fundamentos diversos, a fórmula apodítica "constitucionalidade/nulidade" anteriormente dominante. Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade³⁵⁰.

Conclui o Eminente Ministro:

Essas questões parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, e possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações.

(...)

Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3.682³⁵¹.

Com a exemplar fundamentação proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau (Relator) retificou seu voto e acompanhou a fundamentação exposta:

Assim, sou arrastado a evoluir e acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes. Penso que todos nós o acompanharemos, no sentido de declarar a inconstitucionalidade, mas não a nulidade pelo prazo de 24 meses. E o que eu faço. Esta é a melhor solução a ser no caso adotada. As razões afirmadas ao longo do meu voto prosperam no mesmo sentido do voto do Ministro Gilmar Mendes³⁵².

O presente voto foi acompanhado pelos demais Ministros, à exceção do Ministro Marco Aurélio, que embora concordante com a conclusão da procedência da ação, discordou quanto à aplicação *prospetiva* de seus efeitos³⁵³.

³⁵⁰ Idem.

³⁵¹ Idem.

³⁵² Idem.

³⁵³ "**Decisão:** O Tribunal, a unanimidade, julgou procedente a ação direta, e, por maioria, ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento, nos termos do voto reajustado do Senhor Ministro Eros Grau (Relator) e do voto-vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, vencido, nesse ponto, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que declarava a nulidade do ato questionado. Votou a

A presente decisão mostra uma preocupação bastante evoluída com relação ao princípio da segurança jurídica, embora, em sede de controle abstrato, o faça em ponderação ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Extraí-se do próprio acórdão (voto do Ministro Gilmar Mendes) a preocupação com aquele princípio também no controle concreto:

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei n.º 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão tem guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade³⁵⁴.

Completa:

Nesses termos, fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais³⁵⁵.

Com a persistente necessidade brasileira de legislar os preceitos constitucionais, a Lei n.º 9.868/1999 regulamentou a modulação de efeitos³⁵⁶ para as ações diretas de inconstitucionalidade. O texto inscrito na Lei n.º 9.868/1999 é resultado da proposta constante do Projeto de Lei n.º 2.960/97. Na Exposição de Motivos do projeto, afirmava-se:

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de

Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 09.05.2007. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia". Idem.

³⁵⁴ Idem.

³⁵⁵ Idem.

³⁵⁶ "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".

inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado "*in concreto*" se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (*v.g.* lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional [...]³⁵⁷

Os fundamentos para a modulação dos efeitos das decisões do Poder Judiciário decorrem, antes de tudo, da própria Constituição. Afinal, é missão reconhecida do Poder Judiciário salvaguardar a Constituição e, com ela, a segurança jurídica. Roque Antônio Carrazza pondera:

Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do princípio da segurança jurídica. Logo, mesmo que inexistisse o art. 27, da Lei n. 9.868/99, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia. Tal se dá, a nosso ver, na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, com repercussões seja Erário, seja no patrimônio de grande número de empresas³⁵⁸.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior compartilha o entendimento:

Assim, nada obsta que, na hipótese de uma nova jurisprudência vir a alcançar determinadas situações de fato, objeto de casos propostos na confiança do precedente antigo, ofender o dogma da isonomia, o tribunal perceba que, ao voltar atrás inteiramente (efeito *ex tunc*), cria uma situação *não-desejada pela vontade do legislador racional*. Com base em critérios de *razoabilidade*, essa consideração é possível e, de certo modo, até impositiva, em nome da justiça e da segurança jurídica³⁵⁹.

Na perspectiva constitucional de proteção à segurança jurídica, diante do reconhecimento de que as decisões judiciais podem interferir na ordem

³⁵⁷ Exposição de motivos n.º 189 de 7/4/1997, ao Projeto de Lei n.º 2.960/97. *Apud* FERRAZ JR., T. S. CARRAZZA, R. A. NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.* p. xxiv/xxv

³⁵⁸ CARRAZZA, R. A. *Op. cit.*

³⁵⁹ FERRAZ JR., T. S. *Op. cit.*

estabelecida, Nelson Nery Júnior pontualmente equipara as decisões do controle abstrato às demais decisões das Cortes Extraordinárias:

De todo modo, sendo caso de proteger-se a confiança do jurisdicionado/administrado por conta da incidência da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, a fixação da eficácia *ex nunc* quanto à declaração de inconstitucionalidade é providência que se impõe.

(...)

Com muito maior razão, *a fortiori*, chega-se à mesma conclusão mesmo que se trate de decisão meramente interpretativa da Constituição ou das leis, pois dizer o direito significa, também, dizer a partir de quando a interpretação jurisdicional deve atuar³⁶⁰.

Luiz Guilherme Marinoni compartilha o entendimento:

Embora a viabilidade de outorgar efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade esteja expressa no art. 27 da Lei n. 9868/99³⁶¹, é indiscutível que esta possibilidade advém do princípio da segurança jurídica, o que significa que, ainda que se entendesse que tal norma se aplica apenas ao controle concentrado, não haveria como negar a possibilidade de se modular os efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário.

(...)

Contudo, no Brasil a técnica dos efeitos prospectivos foi pensada a partir da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. Vale dizer, para tutelar a segurança jurídica, mas em virtude do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Daí não se ter percebido, com maior nitidez, a imprescindibilidade da adoção desta técnica em sede de controle difuso³⁶².

Observe-se que a necessidade de modulação de efeitos dos atos jurisdicionais, vai, necessariamente, muito além dos limites do controle abstrato, ou das súmulas vinculantes. Suas razões se pautam nos elementos de validade do próprio Estado Democrático de Direito e devem, por isso, ser estendidas a todos os atos jurisdicionais aptos a desequilibrar a ordem jurídica estabelecida.

Embora a decisão no controle abstrato afastasse da gênese dos processos derivados do controle concreto (capazes de gerar precedentes), suas contribuições são válidas quanto à análise da interpretação constitucional que preserva a

³⁶⁰ NERY JÚNIOR, N. *Op. cit.*

³⁶¹ Lei n. 9868/99, 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".

³⁶² MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. p. 433-434

segurança jurídica. Depreende-se, contudo, que no controle difuso, não há propriamente ponderação entre os princípios da nulidade do ato inconstitucional e o da segurança jurídica. O que prevalece é a própria segurança jurídica, em consonância com os princípios da confinação justificada e da boa-fé objetiva, como explica Luiz Guilherme Marinoni:

(...) o poder de modular os efeitos das decisões em sede de controle difuso deriva exclusivamente do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança justificada e não da necessidade de harmonizar a aplicação dos princípios da nulidade do ato inconstitucional e da segurança jurídica³⁶³.

Completa o autor:

Na verdade, em sede de controle difuso o Supremo Tribunal Federal sempre tem a possibilidade de - a partir de critérios rígidos - negar os fundamentos determinantes das suas decisões, sejam elas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Porém, como a revogação de um precedente institui nova regra, a ser observada pelos demais órgãos judiciários, é pouco mais do que evidente a possibilidade de se violentar a segurança jurídica e a confiança depositada no próprio tribunal. Quando não há indicações de que o precedente será revogado, e, assim, há confiança justificada, não há razão para tomar de surpresa o jurisdicionado, sendo o caso de atribuir efeitos prospectivos à decisão, seja ela de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade³⁶⁴.

Não é difícil alcançar a conclusão de que não apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal merecem proteção quanto à confiança e à boa-fé delas decorrentes, mas, igualmente, as decisões dos Tribunais Superiores. Luiz Guilherme Marinoni, novamente, pontua:

Uma norma, afirmando a possibilidade da limitação dos efeitos retroativos das decisões revogadoras de precedentes - ou, caso se queira em outros termos, de jurisprudência consolidada e pacífica - no Superior Tribunal de Justiça, jamais poderia ser vista como resultado de “livre opção” do legislador infraconstitucional. Tal norma é imprescindível para o legislador cumprir com o seu dever de tutela da confiança justificada nos atos do Poder Público. O que significa dizer que a inexistência desta norma configura “falta de lei”, devendo, por isso, necessariamente ser suprida pelo Poder Judiciário diante dos casos concretos. Como o Judiciário não pode prestar adequada tutela jurisdicional sem limitar os efeitos da decisão que revoga precedente - deixa de lado jurisprudência pacífica ou, o que é o mesmo, inaugura nova compreensão de dada situação jurídica -, não há

³⁶³ Idem., p. 433

³⁶⁴ Ibidem.

como subordinar a sua decisão, de limitação dos efeitos retroativos, à existência de lei. Na realidade, a possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder de julgar conferido aos Tribunais Superiores³⁶⁵.

O reconhecimento da regra já foi exposto pelo próprio Superior Tribunal de Justiça:

É que o reconhecimento da “sombra de juridicidade”, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto.

Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por consequência, os atos praticados pelos contribuintes sob a “sombra de juridicidade” exige do STJ o manejo do termo *a quo* dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial.

Repito que não se trata de, simplesmente, aplicar-se as normas veiculadas pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidas e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo e. STF quanto pelo STJ³⁶⁶.

As decisões das Cortes Extraordinárias, no exercício de sua função uniformizadora do Direito, quando passíveis de mexer com as estruturas já estabelecidas da ordem, têm o dever de demonstrar sua preocupação com os efeitos propagados pela regra alterada, através de necessária fundamentação a este respeito e a ponderação a respeito dos efeitos a serem adotados em contrapartida aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva.

Esse princípio - da fundamentação quanto à eleição dos efeitos a serem adotados nas decisões que modificam precedentes - tem recebido apoio da doutrina como já anunciado e reforçado por Roque Antonio Carrazza:

Todas as linhas de argumentação desenvolvidas levam à inofismável conclusão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, não existem óbices, mas, pelo contrário, prevalecem relevantes princípios jurídicos, no sentido de que qualquer Tribunal Superior, ao alterar sua jurisprudência consolidada, mais do que a faculdade, tem o inafastável dever de limitar

³⁶⁵ Idem., p. 441.

³⁶⁶ Embargos de divergência em RESP nº 738.689-PR (2006/0043241-3). 1.ª Seção, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. DJ de 22/10/2007.

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*" (art. 27, *in fine*, da Lei n. 9.868/1999), sopesável caso a caso³⁶⁷.

Como se não bastasse, no campo legislativo, o projeto do Novo Código de Processo Civil percebeu e disciplinou esta exigência constitucional da seguinte forma: "A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas" (artigo 847, § 1º). Ainda, "com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica" formulou-se, no mesmo artigo (inciso V), o seguinte princípio: "Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica".

Não se pode negar que a necessidade de estabilidade das decisões no Direito brasileiro é uma realidade cada vez mais premente, à vista disso é necessário pensar em técnicas capazes de adequar o Direito à realidade concreta. Pensar-se na técnica de modulação dos efeitos das decisões capazes de gerar justa confiança dos cidadãos é uma expressão desta característica jurídica e social.

A modulação de efeitos das decisões dos Tribunais Superiores, conferindo efeitos prospectivos às decisões que alteram seus posicionamentos dominante, é imposição direta da Constituição, permitindo o fortalecimento do Estado Democrático de Direito através da efetivação da segurança jurídica, mantendo-se a proteção da confiança e a boa-fé objetiva decorrente dos atos jurisdicionais.

³⁶⁷ CARRAZZA, R. A. *Op. cit.*

5 A ESTABILIDADE JURÍDICA COMO CRITÉRIO ÚLTIMO DE JUSTIÇA

Muito se fala em justiça das decisões, justiça do ordenamento e justiça do sistema jurídico, seja qual for a tradição adotada pelo Estado em questão. É preciso compreender, nada obstante, qual justiça se quer e como aproximar-se deste ideal.

O estudo acerca da justiça não é, nem de longe, tarefa fácil de desenvolver-se. Impossível pensar em justiça sem trazê-la necessariamente ao âmbito constitucional como regra e valor inerentes ao Estado Democrático de Direito e suas engenhosas estruturas fundantes.

Justiça é uma palavra vastamente pronunciada, nos mais diversos sentidos, no entanto um conceito universal de justiça é algo que vem ocupando os mais eméritos filósofos e estudiosos por séculos a fio.

Obviamente, o objetivo agora não é resolver (se é que isso é possível) a questão referente aos conceitos ou às diferentes concepções de justiça, atribuindo-lhes valor ou validade, muito menos desenvolver a derradeira teoria capaz de planificar todas as demais, mas, tão somente, realizar breve análise reflexiva de suas implicações e aplicações, especialmente no que concerne às decisões judiciais.

Da análise do texto constitucional, bem como da atuação do corpo legiferante e, em especial, do Poder Judiciário brasileiro, a única conclusão a que se permite chegar é a de que não existe uma única conclusão.

Não se trata, contudo, de mero jogo de palavras, mas de tentar universalizar a justiça em uma regra única ou mesmo um algoritmo capaz de abarcar todas as possibilidades existentes em todos e qualquer tempo e lugar, e assim resolver em absoluto qualquer conflito, determinando o justo e o injusto de forma uniforme e geral, tende a parecer verdadeira utopia, como já afirmado por Kelsen³⁶⁸.

Assim, o próprio sistema cria mecanismos de harmonizar as diversas teorias aplicando-as e desaplicando-as conforme o caso.

Em voo rasante, passa-se por alguns pontos das teorias da justiça, sem, todavia, tentar a qualquer pretensão de verdade. Somente após, ultrapassada a

³⁶⁸ Cf. KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Tradução João Baptista Machado. 2 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1979.

breve análise da jurisdição e da sua forma de comprometimento com a “justiça”, abraçar-se-á um raciocínio acerca do seu entrelaçamento e sua aplicação racional e prática.

5.1 DEBATES HISTÓRICOS SOBRE A JUSTIÇA

De acordo com o Novo Dicionário Aurélio, a Justiça pode ser definida como “virtude que consiste em dar a cada um, em conformidade com o direito, o que por direito lhe pertence”. O conceito não é verdadeiramente simplista como aparenta.

É provável que, ao questionarem as pessoas acerca do que é justiça, a maioria teria na ponta da língua uma resposta para dar. Todos julgam saber o que é justiça ou ao menos sabem dizer um exemplo do que lhe parece ou não justo. Se o questionamento fosse mais além e se estendesse ao porquê de suas respostas, ou, ainda, da aplicação universal dos conceitos formulados às respostas, provavelmente, cessariam com a mesma rapidez que surgiram. Afinal, não é a toa que desde a Grécia antiga, ou mesmo antes dela, a discussão acerca do conceito e da aplicação da justiça continua vívida e longe de alcançar um consenso.

5.1.1 Antigas Tradições

Uma das tradições mais antigas sobre justiça de que se tem conhecimento é justamente a justiça consuetudinária, ou seja, aquela que julga justo a forma com que os homens de determinada sociedade costumam se tratar e se relacionar. Institui o costume como valor de justiça e é a justificação do próprio direito consuetudinário. O que é tido como tradição ou costume é tido como justo. Esta teoria poderia parecer satisfatória, contudo sua universalização padece quando em confronto com as diversas mudanças históricas e sociais pelas quais a comunidade à qual se aplica passa, tão menos é capaz de resolver questões novas sobre as quais ainda não exista costume.

O *common law*, como se viu, certamente tem parte de sua estrutura fundada nessa concepção de justiça, todavia, sua implicação não é absoluta. A própria adoção de um sistema próprio de revisão de seus precedentes demonstra o reconhecimento de que, em determinados momentos, a concepção de justiça deve

ser aplicada em consonância com outros valores (outras teorias das quais se tratará adiante), para que as decisões, mesmo que num cenário de direito comum, possam manter-se justas e atingir o desiderato da pacificação social.

Paralela à justiça consuetudinária, historicamente, o princípio de justiça mais importante, talvez, seja o da retribuição, pelo qual o justo será que cada indivíduo receba aquilo que é devido pelos seus méritos, e, conseqüentemente, pelos seus deméritos. Cria-se, pois, um sistema de prêmios e sanções em contrapartida ao princípio da igualdade. Os indivíduos devem ser tratados desigualmente na medida de suas condutas, recebendo, pois, prêmios ou sanções, conforme sejam positivas ou negativas suas condutas. A regra parece seduzir os mais desavisados, entretanto, é uma regra vazia de significados, à medida que não estabelece o que é realmente bom e merece ser premiado, tão menos o que é mau e deve ser sancionado. Não há como o indivíduo prever e planejar suas condutas de forma a evitar as sanções e contemplar os prêmios. O sistema jurídico precisa fornecer algo a mais.

Podemos encontrar, ainda, a doutrina de São Tomás de Aquino pelo qual a justiça reside na conduta de encontrar o bem e evitar-se o mal, sem clarificar o significado real e universal de bem e mal. A teoria, aplicada isoladamente, não é capaz de efetivar a justiça na sociedade ante sua ausência completa de regras objetivas de conduta.

Dentre essas regras de fundo vazio, temos a regra de justiça aristotélica, que visando o equilíbrio e ao comedimento, evitando condutas que sejam exageradas e ultrapassem o “demais” ou o “demenos”, sem, igualmente, atribuir-lhes significado concreto, e não ocorrendo qualquer certeza acerca do direito envolvido. Afirma Aristóteles:

Já que tanto o homem injusto quanto o ato injusto são iníquos, é óbvio que há também um meio termo entre as duas iniquidades existentes em cada caso. Este meio termo é o igual, pois em cada espécie de ação na qual há um “mais” e um “menos” há também um “igual”. Se, então, o injusto é iníquo (ou seja, desigual), o justo é igual, como todos acham que ele é, mesmo sem uma argumentação mais desenvolvida. E já que o igual é o meio termo, o justo será um meio termo. Ora: a igualdade pressupõe no mínimo dois elementos; o justo, então, deve ser um meio termo, igual e relativo (por

exemplo, justo para certas pessoas), e na qualidade de meio termo ele deve estar entre determinados extremos (respectivamente “maior” e “menor”)³⁶⁹.

Em contrapartida, tem-se a regra do “*suum cuique*” que determina uma das fórmulas mais repetidas como ideários de justiça: “a cada um deve se dar o que é seu”. A regra é deveras perigosa, à medida que legitima qualquer ordenamento jurídico, independente da filosofia que preele. Veja-se que diante da regra formulada, o sistema nazista estaria plenamente justificado como justo em suas maiores atrocidades, haja vista determinar ordenamento o que pertencia a cada um, inclusive o direito à vida e à morte.

Em seguida, e de igual natureza, tem-se a regra de “oiro”, pela qual não deve fazer ao outro o que não gostaria que fizessem com você. Regra esta que também não está isenta de críticas, à medida que serve apenas para atender as questões positivas. A aplicação irrestrita do preceito implicaria um sistema sem sanções, posto que nenhum indivíduo gostaria de ser sancionado por suas condutas e, assim, não poderia sancionar o outro. Na visão de Kelsen, a questão vai ainda mais além:

Quando a regra de oiro postula que qualquer um de nós trate os outros como subjetivamente deseja ser por eles tratados, pressupõe evidentemente que também os outros assim desejam ser tratados. Mas tal é evidente e compreende-se de per si – pensa-se – pois todos desejam sem dúvidas ser bem tratados. Se a regra do oiro fosse observada, haveria concordância entre os homens quanto à sua conduta recíproca e não existiriam, portanto, nenhum conflito – alcançar-se-ia a harmonia social. Isto, porém, é uma ilusão, pois que os homens de forma alguma coincidem no seu juízo sobre aquilo que é subjetivamente bom, ou seja, afinal, aquilo que desejam³⁷⁰.

Semelhante dificuldade encontra a regra que determina sobre se dever dar a cada um na medida de sua prestação, ou seja, prega o salário justo e o preço justo – conforme seja a prestação. A presente universalização, todavia, ignora por completo as características pessoais do indivíduo em suas capacidades e deficiências.

³⁶⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômanos**. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p.95-96.

³⁷⁰ KELSEN, H. **A Justiça e o Direito Natural**. p. 22.

Nesta medida, surge a formulação de Marx ao estado social, no qual cada um deve produzir conforme sua capacidade e receber conforme a sua necessidade. O preceito parte de uma ordem social ideal e perfeita, em que cada um contribuirá com toda sua capacidade e, em contrapartida, receberá tudo o que lhe é necessário. A preexistência dessa ordem social perfeita levou a doutrina à classificação de mera utopia.

Em contrapartida, surge a doutrina do amor ao próximo, ou seja, de suprir o próximo de todas as suas necessidades. Sem adentrar a questões da psiquê humana, quanto ao filantropismo universal, tal doutrina se mostrou historicamente passível de distorções graves por de sua pressuposta universalização da questão subjetiva. Perceba-se que o amor ao próximo insurge na necessidade de privá-lo de sofrimento, todavia o sofrimento não pode ser objetivado. O entendimento de que o sofrimento poderia ser objetivado, segundo o sentimento da maioria dominante, levou os cristãos, outrora, a evangelizar os pagãos, que na concepção cristã sofriam pelo afastamento do seu Deus, mesmo que isso implicasse a utilização da força.

Não menos importante, surge a ideia de justiça, enquanto igualdade. Igualdade que pode ser vista e sentida de diversas maneiras, mas de que não se tratará neste trabalho. Cumpre lembrar, não obstante, que ideia de justiça, enquanto igualdade, não parte do pressuposto de que os homens são iguais, pelo contrário, a igualdade só tem lugar à medida que se reconhece serem os homens diferentes em si, mas ainda assim, no ideal eles, devem ser tratados de forma igual, apesar de suas desigualdades. A questão que circunda a igualdade, enquanto justiça, é justamente o seu conteúdo, ou seja, o que deve ser tido como igual e o que deve ser tido por desigual.

Adormecida a discussão sobre a Justiça, somente na segunda metade do século XX foram retomados os debates sobre ética, reavivando a discussão em torno dos valores e das liberdades humanas, como será visto.

5.1.2 Tradições do Século XX: o Debate Liberal-Comunitarista

É certo que as mudanças do ambiente social e político clamavam por uma nova (ou reformada) filosofia que fosse capaz de compreender e encontrar

alternativas para a nova realidade que se compunha por perspectivas morais segmentadas.

Na década de 50 a 70 do século passado, surgem diversas correntes como o excepcionismo, o emotivismo, o prescricinismo e o subjetivismo. Todas essas doutrinas reuniam em si grande carga metafísica, trazendo a dificuldade de lidar com uma universalidade repleta de diversidades.

A ética normativa não tinha desenvolvido grandes reflexões, excepcionadas pelo utilitarismo, que detinha uma carga menos metafísica relacionada com desejos e sensações.

O utilitarismo partiu do pressuposto de procura do prazer e do bem-estar, que é completado por uma série de estudos empíricos que permitiam sua materialização.

Tanto a ética normativa quanto o utilitarismo foram questionados pelo movimento, na tradição anglo-saxã, liderados por John Rawls, que defende o racionalismo e o cognitivismo em questões de justiça. O movimento visava a equilibrar as exigências do universal e da individualidade em uma sociedade plural valorativa.

Surge a tendência de Rawls a uma sociedade bem ordenada, ou seja, uma sociedade que estivesse sustentada em estruturas básicas justas.

Em resposta ao movimento surgem os comunitaristas que, evidenciam os limites do projeto liberal, suas insuficiências e inconsistências internas, baseados, sobremaneira, nas doutrinas de Hegel e Aristóteles, tendo como seus principais protagonistas MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer e Michael Sandel.

Partindo para o debate, em si, deve-se atentar para o fato de que ele se divide em dois planos: o ontológico e o de promoção. No plano ontológico, ocorre a divisão entre o atomismo e o holismo e, no plano da promoção, entre o individualismo e o coletivismo, tendo Nozick como precursor do atomismo individual e Marx como defensor do holismo coletivista.

5.1.2.1 A proposta liberal

Apesar de inúmeras divergências e polêmicas entre os liberais, suas matrizes são, no campo ontológico, atomistas, implicando ser a sociedade

construída a partir do ser humano, e no campo da promoção implica um modelo de sociedade que distingue os campos do público e do privado.

Reconhecem os liberais a liberdade de escolha dos indivíduos quanto ao seu estado de bem-viver. Reconhecem que o Estado não deve refletir nenhuma posição acerca dos projetos morais dos indivíduos, ou seja, deve ser neutro.

A política, além de neutra deve estar regida por princípios de justiça que regulem os conflitos gerados entre os projetos individualistas de bem-estar, proporcionando a divisão igualitária dos recursos por procedimentos imparciais.

5.1.2.2 A proposta comunitarista e suas críticas ao liberalismo

A principal crítica comunitarista é quanto à descontinuidade entre moral e política e a suposta neutralidade dos princípios de justiça diante dos diversos projetos de bem-viver.

Para os comunitaristas é necessária uma visão concreta de bem, já que o justo está determinado pelo bom.

Denunciam que os liberais escondem determinada visão moral como é o caso das estruturas básicas justas da doutrina de Rawls. Apontam ser impossível em sociedades plurais, uma concepção universal de justiça como pretendem os liberais.

Criticam a separação dos espaços públicos e privados, capazes de gerar indivíduos de dupla personalidade: o homem e o cidadão.

No campo ontológico são holistas, em contraponto aos atomistas liberais, posto acreditarem que o individualismo é formado pela comunidade na qual o indivíduo está inserido.

No campo da promoção, propõe um retorno ao concreto, às bases comunitárias. Moralidade materialmente sustentada é a única opção para fundar os princípios de justiça, pensando o justo como uma forma de bem.

5.1.2.3 As críticas liberais ao comunitarismo

No mesmo plano ontológico e de promoção, a crítica liberal indica que a concepção holista sobredimensiona o papel da sociedade e, na promoção, não

permite escolhas aos cidadãos, transformando-os em “mais um” membro do rebanho (apontando a falta de racionalidade e de autonomia).

Os liberais apontam o papel que deve julgar a comunidade em suas teorias, principalmente, através da razão pública e dos procedimentos democráticos que possibilitam o fortalecimento da identidade comunitária, mas não se afasta da ideia de um estado neutro, apenas distinguindo a moral da ética. No ponto da moral, é possível se chegar a consensos, apesar das inúmeras diferenças no plano da ética. Eis a chave para os liberais: a possibilidade de consensos.

5.1.3 Atuais Tendências Híbridas

A discussão parece superada. Ambos, liberais e comunitaristas, deixaram legados à filosofia política e moral.

O ponto de encontro das novas teorias é a formulação de uma ética substantiva, de tradição liberal, que serve como fundamento aos princípios políticos liberais. A ética substantiva seria derivada das convicções que cada um dos seus atores considera subsistirem nas visões éticas importantes em cada uma de suas comunidades³⁷¹.

Desta vertiginosa e superficial passagem por algumas das proposições de Justiça, resta claro que todas passam por um quê de verdade, mas esbarram em contradições que podem chegar ao infinito de proposições reais, falseando suas premissas. Não se pode negar suas contribuições para a formulação de conceitos (propositalmente no plural) de Justiça, nos tempos atuais.

Contudo, não se dedicará à formulação de um conceito de Justiça, propriamente dito, mas à forma de sua aplicação na realidade constitucional brasileira.

³⁷¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *La Cominisdade Liberal*. Estudo preliminar Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho, Universidad de los Andes: 1996.

5.2 PROCEDIMENTOS E JUSTIÇA PROCEDIMENTAL PURA

Em um corte paralelo, retoma-se a ideia de Rawls de que a justiça se faz por uma estrutura básica justa, criada de um acordo *público* surgido sob o *véu da ignorância*. Sem adentrar nos pormenores de sua teoria – que sem dúvidas merecia estudo próprio e aprofundado – o que se pretende resgatar é a ideia quanto à formação destas estruturas básicas.

Ao estudarem o tema proposto, Chandran Kukathas e Philip Pettit, observam que “o problema de identificarmos a melhor estrutura básica é, nas palavras de Rawls, um problema de justiça processual pura”³⁷². Discorrendo sobre o tema afirmam:

Segundo Rawls, ao entendermos a estrutura básica desta forma, somos levados a encarar a justiça de um modo particular. A justiça é o que obtemos quando as regras públicas aceitáveis são satisfeitas; por isso, também é justa e conseqüente distribuição de coisas boas e más – *sejam elas quais forem*. Conseqüentemente, a justiça *não* é uma questão de conformidade com um ideal qualquer ou conjunto preferido de resultados ou de padrão de distribuição. Uma teoria da justiça para a estrutura básica da sociedade tem de ser uma teoria da *justiça processual pura*. “A idéia intuitiva é a de traçar o sistema social de forma que o resultado, seja ele qual for, seja justo, pelo menos enquanto estiver dentro de certos limites”³⁷³.

Os autores questionam o que é “justiça processual pura”, respondendo que:

É mais facilmente compreendida por comparação com suas alternativas, a justiça processual perfeita e a imperfeita. A justiça processual perfeita é obtida quando ambos temos uma idéia clara e independente do resultado justo e de um processo que nos garanta a sua realização. Por exemplo, se a divisão justa de um determinado bolo fosse uma divisão igual, o procedimento sensato a seguir seria deixar que a pessoa que cortasse ficasse com o último bocado (partindo do princípio, obviamente, de que é uma pessoa interessada no próprio bem). Trata-se de uma justiça processual perfeita: possuímos um critério independente do que é uma divisão justa e dispomos de um procedimento que nos dá uma razoável certeza de produzir o resultado pretendido³⁷⁴.

³⁷² KUKATHAS, Chandran. PETTIT, Philip. **Rawls “Uma Teoria da Justiça” e seus Críticos**: revisão científica de Henrique da Silva Seixas Meireles. Tradução Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995. p. 82

³⁷³ Idem. p. 83.

³⁷⁴ Idem., p. 83-84.

Os mesmos autores tratam da justiça imperfeita como sendo aquela que se obtém “quando dispomos de um critério independente para um resultado justo, mas nos faltam os procedimentos passíveis de assegurarem a sua realização”³⁷⁵, e citam como exemplo o processo penal, que não pode assegurar a todo o inocente ser absolvido e a todo o culpado, condenado.

Alterando o viés do corte realizado, traz-se à baila o pensamento de Kelsen, o qual não se propõe a traçar uma noção de justiça, mas afirma residir em sua aplicação enquanto *norma de justiça* e, assim, classifica a justiça como sendo “a qualidade de uma específica conduta humana, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens”³⁷⁶. “O que é avaliado, o que pode ser valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo, é a realidade”³⁷⁷.

Afastando-se dos conceitos abstratos de justiça, a concepção kelseniana de justiça a põe à parte do caso concreto, ou melhor, da sua aplicação mediante normas concretas, não sendo possível a análise de validade de normas positivas conforme critérios abstratos de justiça.

Kelsen põe a justiça como uma *norma de justiça* (ou uma norma de conduta) que prescreve o tratamento de um homem para com outro, e destaca referindo o tratamento, especialmente, ao conferido pelo legislador e pelo juiz, este último em especial.

Conjugando-se a parte destacada destas teorias, permite-se concluir que a justiça pode ser entendida em sua plenitude, a medida de sua aplicação pública aos indivíduos em particular. Em outras palavras: está claro convergirem as teorias da justiça ao ponto de um sociedade plenamente justa ser aquela onde pairam a paz e a harmonia social.

A visão da sociedade perfeita e intocável pelo mal/mau (aproximando-se do bem e do bom) é cenário impossível em uma sociedade humana, seja por suas pluralidades, seja pela própria consciência humana repleta de enigmas e contradições em sua natureza.

³⁷⁵ Ibidem.

³⁷⁶ KELSEN, H. Op. cit. p. 3.

³⁷⁷ Ibidem.

Quando não é possível o encontro voluntário da justiça entre os cidadãos, o Estado é requisitado para retomar a paz e restabelecer a justiça entre os homens. O Estado possui um sistema próprio visando atingir o fim pretendido. Como sinalizado, porém, o processo é um procedimento imperfeito que não pode em absoluto garantir um resultado justo em abstrato.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. relaciona a justiça procedimental com a segurança jurídica:

*Justiça é um topos das exigências postas aos três poderes estatais. “Justo” como “proporcional” (aquilo que é adequado à relação: *verhältnismässig*) exige que a justiça seja realizada por meio de um proceder (*Verfahren*) da ação estatal, trate-se de um proceder legislativo, ou administrativo ou judicial, enquanto um derivativo do princípio do Estado de Direito. Segue daí que os ideais de justiça (justiça dos procedimentos) tenham a ver também com “segurança jurídica”: um procedimento de Estado de Direito deve não só assegurar um resultado justo, em um processo de decisão, mas também e ao mesmo tempo (por meio de determinadas normas e de modo suficiente) um decorrer previsível desse proceder decisório. Essa conjugação do aspecto formal e material justifica, assim, a classificação da justiça do proceder processual como um caso particular, ao lado da justiça material e da segurança jurídica³⁷⁸.*

Não foi por menos que, com extrema sapiência, o próprio Rawls afirmou que “a única coisa que permite que aquiesçamos com uma teoria errônea é a carência de uma melhor; analogicamente, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior³⁷⁹”. E, indubitavelmente, uma sociedade sem regras e sem procedimentos próprios para sua aplicação seria igualmente uma sociedade *sem* justiça.

³⁷⁸ FERRAZ JR., T. S. *Op. cit.*

³⁷⁹ RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Oxford University Press, 1996. p. 4. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716> Acesso em: 19 dez. 2009.

5.3 A ESTABILIDADE DAS DECISÕES COMO FORMA DE ALCANÇAR A JUSTIÇA

O escopo primordial do Direito é alcançar a justiça e a pacificação social. Luiz Guilherme Marinoni adverte que “definir a jurisdição sem saber como a pacificação social é alcançada pode conduzir à admissão de que qualquer poder instituído, mesmo que atuando de forma ilegítima e de modo contrário aos princípios materiais de justiça, exerce jurisdição”³⁸⁰.

Deve-se perceber que “a jurisdição tem como objetivo editar a norma jurídica capaz de dar conta das necessidades do direito material, e apenas por consequência desta sua missão, é que pode gerar o efeito da pacificação social”³⁸¹.

É neste sentido que:

Ao judiciário cabe zelar pela Segurança jurídica, não apenas legal, mas de todas as categorias que informam o ordenamento jurídico. Nem a Constituição, nem toda a ordem jurídica positiva nos dão Segurança jurídica, mas sim a aplicação justa da Lei pelo Executivo e, sobretudo pelo judiciário, que detém a última palavra em matéria de interpretação e aplicação do Direito. A missão do judiciário será sempre a de transformar a Constituição formal em Constituição real, a Constituição-texto em Constituição-vida³⁸².

Uma sociedade utópica, na qual as leis sejam sempre justas e suficientes para regular as condutas das pessoas, em absoluto, e que as pessoas sigam rigorosamente as leis hipoteticamente completas e satisfatórias, certamente seria uma sociedade que não precisaria do Poder Judiciário. Obviamente, tal fórmula contraria a própria natureza humana, e sua realização é impossível no mundo fático. Na realidade, quando a instalação da justiça e da pacificação social não se dão de forma voluntária, sendo necessária a intervenção do Estado-Juiz, deve haver a criação de um mecanismo que possibilite a concretização disso, como regra de direito material: assim tem-se o processo³⁸³.

³⁸⁰ MARINONI, L. G. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo. p. 113.

³⁸¹ *Idem.*, p. 114.

³⁸² SOUZA, C. A. M. *Op. cit.* p. 226.

³⁸³ “O processo pode ser definido como o procedimento que, atendendo aos ditames da Constituição Federal, permite que o juiz exerça a função jurisdicional”. MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. *Op. cit.* p. 54.

O processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a atividade jurisdicional, decidindo sobre o justo e o injusto, pautado nas necessidades do direito material e na realização dessa finalidade. O juiz, na relação processual, adquire a posição de terceiro imparcial, interpretando as leis e realizando-as, no caso concreto, utilizando-se dos costumes, da analogia e dos princípios gerais do Direito, sempre preocupado com a finalidade social da norma (*latu sensu*) e com as exigências do bem comum³⁸⁴, a fim de efetivar-se a justiça concreta, como afirma Manuel de Andrade:

(...) um direito recto, quer dizer, justo e oportuno: um direito que harmonize a pura justiça que valora e julga a realidade existente, aspirando estruturá-la segundo um modelo ideal, com efetivo e relativo condicionalismo dessa mesma realidade – um direito, no fim das contas, que estabeleça a justiça do possível ou a possível justiça³⁸⁵.

Relembre-se que o exercício do ofício jurisdicional se manifesta quando os indivíduos demonstram ser incapazes de dirimir suas próprias controvérsias, sendo necessário pedir o auxílio do Estado-Juiz. Isto implica reconhecer que apenas as leis não foram capazes de manter a paz social, e somente um terceiro imparcial e legitimado, pode por fim à pendência³⁸⁶.

Neste sentido:

A lei é uma certeza a *priori*, ou melhor, a Segurança está na lei, e se a lei tem por finalidade dar Segurança, esta é uma certeza a *priori*; poderíamos chamá-la de “pré-judicial” ou sociológica, porque toda lei se destina a solucionar ou prevenir problemas, como ocorre nos contratos; há milhares que se firmam e se resolvem automaticamente e tem valor, mas há uma quantidade ponderável daqueles que não funcionam e acabam nos tribunais³⁸⁷.

É certo, portanto, que “o Direito aspira a ordenar as relações jurídicas de modo seguro, de forma tal que qualquer um deve saber as conseqüências jurídicas

³⁸⁴ Esta é a regra dos artigos 4º e 5º da Lei de introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4657/42).

³⁸⁵ ALMEIDA, Manuel de. Ensaio sobre a teoria da interpretação da lei. p. 76. *Apud* NEVES, Castanheira A. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 35

³⁸⁶ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Coisa Julgada: direito facultativo ou imperativo. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 24 n. 95, p. 22-28.

³⁸⁷ SOUZA, C. A. M. *Op. cit.* p. 33.

de seus atos, pois os efeitos sempre iguais são previsíveis”. Esta previsibilidade encontra-se inicialmente na lei, mas como já vastamente exposto, o Direito não pode ser visto como fruto exclusivo da lei, posto que insuficiente para solucionar em absoluto as demandas sociais. Assim, “somente quando a reação do Direito pode ser prevista é que cabe falar em segurança ou certeza do Direito”, de onde “emerge a função da jurisprudência como operadora definitiva na aplicação do direito, e, portanto, como garantia última da certeza e da consistência da ordem jurídica”³⁸⁸.

Anotem-se as conclusões alcançadas por Munroe Smith e citadas por Benjamin N. Cardozo, na análise da questão frente ao *common law*:

Em seu esforço para dar ao senso social de justiça uma expressão articulada em regras e princípios, o método dos especialistas de descobrir o Direito sempre foi experimental. As normas e os princípios do Direito estabelecido por precedente legal ou por decisão judicial nunca foram tratados como verdades conclusivas, mas como hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios do Direito que são os tribunais de justiça. Cada nova causa é uma experiência; e, se a norma aceita que parece ser aplicável produz um resultado que parece ser injusto, a norma é reconsiderada. Pode ser que não seja modificada de imediato, pois a tentativa de fazer justiça absoluta em cada caso isolado impossibilitaria o desenvolvimento e a manutenção de normas gerais; porém, se a norma continua a produzir injustiça, terminará por ser reformulada. Os próprios princípios são sempre submetidos a novos testes porque, se as normas derivadas de um princípio não funcionarem bem, o próprio princípio deverá, em última instância, ser reexaminado³⁸⁹.

A decisão judicial deve ser encarada como o resultado de um sistema dinâmico repleto de normas, de juízos e de valores, não como algo singular ou egoístico de um único juízo. O magistrado deve ser encarado como uma peça do sistema de distribuição da justiça, razão pela qual suas decisões devem ser coerentes com o sistema tido em sua totalidade. Como bem assinalado por Ana Paula Brandão Ribeiro:

A justiça só se concretiza dentro do aparato social e o intérprete nada mais é do que um intermediário entre o texto e a realidade. E, intérpretes, nas democracias, são todos os que participam da procedimentalidade assegurada e regida pelo devido processo constitucional. Deste modo, a

³⁸⁸ Idem., p. 83-84.

³⁸⁹ SMITH, Munroe. *Jurisprudence*. Columbia University Press, 1909, p. 21. *Apud* CARDOZO, B. N. *Op. cit.* p. 12.

interpretação não pode ser solitária; de uma autoridade supostamente sábia e justa³⁹⁰.

Decisões singulares e descomprometidas com os precedentes estabelecidos ferem não apenas os critérios de igualdade e uniformidade, mas atingem a própria efetividade do Direito e a justa duração do processo, imprimindo na sociedade um sentimento de injustiça.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. reflete acerca das lições de Victor Nunes Leal³⁹¹:

(...) as questões iniciadas na Justiça, em uma mesma época (ou em um período de posicionamento jurisprudencial dominante) ganham probabilidade, funcionalmente importante e necessária, de serem julgadas de acordo com um mesmo entendimento, o que previne "uma injustiça gritante": que algumas partes tenham suas causas julgadas de acordo com uma interpretação da lei, enquanto outras, que se encontravam na mesma situação, venham a ter suas demandas resolvidas, eventualmente, após a mudança da jurisprudência do Tribunal.

Essa "injustiça gritante" de que nos fala, com proverbial sabedoria, o grande jurista, tem a ver a violação da homogeneidade na solução de processos iniciados em um mesmo período de tempo e com a correspondente exigência de justiça do senso comum. Afinal, observa Victor Nunes, as partes, muitas vezes leigas, não compreendem a mudança de orientação dos tribunais. O que lhes levanta um forte sentimento de injustiça³⁹².

Para que uma teoria da justiça possa prevalecer é necessário, antes de tudo, conferir conteúdo aos seus axiomas e isso se faz através das normas. Estas normas devem demonstrar com a certeza devida quais são as condutas esperadas e toleradas por parte do cidadão e do Estado. A segurança, como exposto, não pode ser retirada exclusivamente da lei, de nada adianta a existência da lei ou da regra, se o indivíduo não sabe o que esperar do juiz, especialmente num sistema como o brasileiro, no qual a interpretação judicial pode ao mesmo tempo preencher a norma e esvaziá-la, inclusive, afastando-a por concreto no caso individual, se declarada sua inconstitucionalidade.

É a decisão e não a lei que contém e descreve o critério de justiça, como afirmado por Carlos Aurélio Mota Souza:

³⁹⁰ RIBEIRO, Ana Paula Brandão. **Processualidade jurídica: uma abordagem principiológica a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/rod.05.05-08.pdf>> Acessado em: 30 set. 2009.

³⁹¹ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito Público e outros problemas**. Brasília: 1999. v. 2. p.

92.

³⁹² FERRAZ JR., T. S. *Op. cit.*

A Jurisprudência é a Lei provada justa; só será aceita como justo legal passando pela prova do caso individual, em que será contrastada com os fatos, as circunstâncias de tempo, lugar, valores econômicos, sociais, em um processo de adequação geral-particular, passado-futuro³⁹³.

A jurisprudência desempenha um especial papel em qualquer sistema jurídico moderno. A questão reside, contudo, na maneira como as decisões judiciais são encaradas e, principalmente, respeitadas. Um sistema volúvel, certamente, não é um sistema justo. “Mas certo é que um direito inseguro é, por regra, também um direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade. Assim, a segurança legítima do direito é apenas aquela que signifique garantia contra a arbitrariedade e contra as injustiças”³⁹⁴.

Como já afirmado, os princípios constitucionais devem ser vistos em sua totalidade, como elementos de um sistema harmônico. O princípio da justiça, deve, necessariamente, ser interpretado em comunhão com o princípio da segurança jurídica. Não pode haver justiça em um Estado no qual não haja segurança jurídica. “Segurança e Justiça, como visto, não se contrapõem, mas enquanto esta é um valor moral, desarmado, sua garantia de efetivação no Direito repousa na materialidade objetiva da Segurança jurídica”³⁹⁵.

Não se pode negar, pois, que o respeito às decisões judiciais são indispensáveis para a manutenção de um sistema justo e seguro:

Estas observações, no tocante à interpretação e aplicação pelos juízes e Tribunais, enquadram-se satisfatoriamente como conjeturas ou prognósticos do homem comum ou dos juristas em geral, quando a previsibilidade dos julgamentos, e que constitui a base da segurança jurídica: a razoável estabilidade das decisões, segundo os parâmetros da lei e da Constituição³⁹⁶.

(...) a *auctoritas* dos julgados não advêm, apenas, da maioria ou unanimidade de votos vencedores, mera técnica ou prática democrática para os juízes alcançarem o convencimento, mas é reflexo do acolhimento, pela comunidade jurídica e pela sociedade, daquele "justo" determinado

³⁹³ SOUZA, C. A. *Op. cit.* p. 109.

³⁹⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 16.

³⁹⁵ SOUZA, C. A. M. *Op. cit.* p. 113.

³⁹⁶ *Idem.*, p. 132.

pelo colegiado, como certeza do direito, e que pela jurisprudência se transmuda em nova segurança jurídica³⁹⁷.

Poder-se-ia afirmar que uma vez definido o justo pela decisão judicial, através da interpretação da Constituição e da lei, atribui-se, através desta mesma decisão, segurança aos jurisdicionados, diante da certeza nela contida, capaz de gerar previsibilidade com relação ao ordenamento (ou sua interpretação); via de consequência, o cidadão que agir conforme aquela decisão teria seu direito garantido pelo Estado, através de uma decisão justa – pelo menos assim deveria ser. A justiça traria segurança e a segurança traria justiça, em uma relação quase que simbiótica.

Não se quer dizer que se deva sempre prever toda e qualquer decisão, mas o que não se pode admitir é que a decisão seja aquela jamais imaginada, especialmente quando já existente algum precedente naquele sentido.

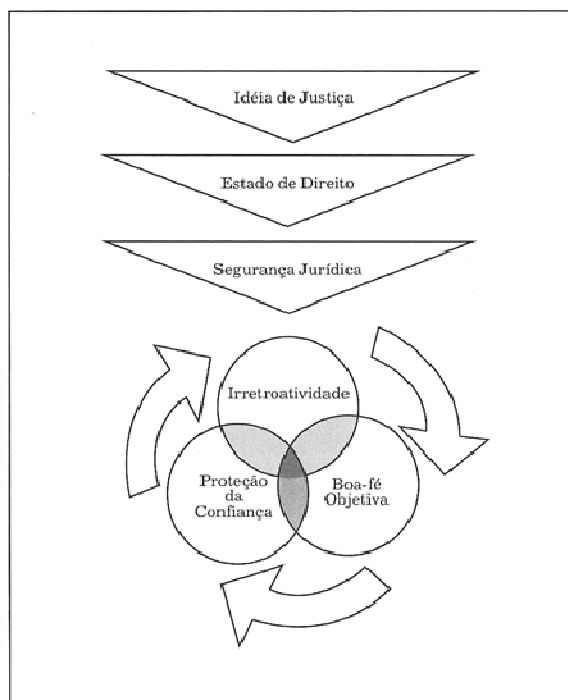
Como visto, os precedentes podem, e, às vezes, devem, ser superados, todavia, as alterações devem ser justificadas e de certa forma anunciadas, para que não sirvam a causar desigualdades e injustiças àqueles que depositaram confiança no conteúdo da norma, proclamado pelo ente legitimado a fazê-lo – o Poder Judiciário.

A Justiça somente será alcançada quando observados os valores do Estado de Direito, em especial da segurança jurídica, que se perfaz na interação de três valores: boa-fé objetiva, proteção da confiança e irretroatividade. Misabel Abreu Machado Derzi explica: “entendemos que os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva devem ser colocados no mesmo plano, em constante interação”³⁹⁸. Para tanto, ilustra a situação³⁹⁹:

³⁹⁷ Idem., p. 69.

³⁹⁸ DERZI, M. A. M. *Op. cit.* p. 603.

³⁹⁹ Ibidem.



Segundo a explicação da própria autora da ilustração:

As setas em círculo demonstram a circularidade das relações recíprocas e a constante alteração da posição dos princípios entre si. Há interação, no campo de superposição e limitações recíprocas. Todos estão cobertos pelo princípio da segurança jurídica. E, por sobre a segurança, vê-se o Estado de Direito, que responde, por sua vez, à Justiça. Isso significa que, dentro do conceito de Justiça como igualdade, ainda se incluem, necessariamente, sem nenhuma oposição, a segurança, a liberdade, os princípios da proteção da confiança, da boa-fé e da irretroatividade⁴⁰⁰.

A conclusão que salta aos olhos é a de que, num sistema jurídico eficaz, capaz de garantir um mínimo de Justiça, é indispensável o respeito a alguns valores que, escritos ou não nas normas positivas, são ordenadores de todo o sistema, dele não podendo afastar-se nenhum dos poderes institucionais do Estado.

Uma decisão justa é aquela proferida no caso concreto com a devida responsabilidade e neutralidade. Responsabilidade, no sentido de perceber que a decisão tem abrangência muito maior do que servir ao interesse das partes ou à convicção isolada do juiz. Deve-se notar, pois, que a decisão servirá de paradigma a decisões futuras, e todos os casos que se encontrem em posição jurídica

⁴⁰⁰ Idem., p. 603-604.

assemelhada merecerão idêntico tratamento, atentando-se para os critérios já estabelecidos e agindo com prudência perante a necessidade de modificação desses entendimentos. O juiz neutro, portanto, é aquele que decide em nome da sociedade e não de suas convicções pessoais. O juiz neutro é, em outra medida, um juiz justo.

Se for papel da jurisdição a entrega da justiça, pela efetivação da tutela do direito material, seu fim só será atingido quando preservada a segurança jurídica, diante do respeito aos precedentes judiciais, em uma ordem jurídica estável e confiável.

6 CONCLUSÃO

As constantes cirandas do Poder Judiciário brasileiro vêm gerando não só imprevisibilidade e insegurança, mas, principalmente, descredibilidade a todo o sistema constitucional vigente. O resgate da segurança jurídica, no Brasil, é medida urgente que demanda dedicação e esmero de todos os agentes sociais, em especial dos agentes políticos responsáveis pela promoção da Justiça: os magistrados.

Roque Antônio Carrazza evidencia que “o princípio da segurança jurídica ajuda a promover os valores supremos da sociedade, influenciando não só na edição das leis e dos atos administrativos, como no próprio alcance das decisões judiciais”⁴⁰¹. São as decisões judiciais, em última análise, que aplicam definitivamente o Direito, imprimindo-lhe certeza e previsibilidade. Essa tarefa não pode mais ser negligenciada.

O verdadeiro alcance da segurança jurídica dos atos jurisdicionais vai muito além da extensão do próprio ato, alcança de fato a esfera de confiança dos cidadãos que vivem sob a égide de um Estado Democrático de Direito:

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações⁴⁰².

Não se pode pensar em segurança num Estado que sequer define e acredita nos seus próprios atos. A contradição persistente na jurisprudência brasileira aponta para uma verdadeira crise institucional, de proporções ainda não percebidas.

O Poder Judiciário há tempos perdeu seu *status* e sua confiança. Ao invés do prestígio de outrora, os operadores do Direito chegam a se envergonhar de suas funções e, por vezes, viram chacota de uma sociedade desacreditada nas instituições básicas que compõem o Estado Democrático de Direito.

⁴⁰¹ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. *In*: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ**. 2. Ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 35-74.

⁴⁰² MARINONI, L. G. O precedente - na dimensão da segurança jurídica. *In*: _____ (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 211-226.

Não existem fórmulas mágicas para imprimir soluções definitivas às questões que, desde sempre, assombam a aplicação concreta do Direito.

Isso não legitima os pensadores do Direito a ignorarem a realidade e a continuarem trabalhando sob um sistema falido, sob a premissa falsa de que esta foi a estrutura que se escolheu. Muitos enchem os pulmões para recitar o brocardo latino “*dura Lex sede Lex*”, valorizando sua atividade, justamente, pela dificuldade de se compreender seus valores.

Benjamin N. Cardozo bem observou:

O trabalho de decidir causas se faz diariamente em centenas de tribunais de todo o planeta. Seria de imaginar que qualquer juiz descrevesse com facilidade procedimentos que já aplicou mais de milhares de vezes. Nada poderia estar mais longe da verdade. Basta que um leigo inteligente lhe peça para explicar seu trabalho para que ele logo se refugie na justificativa de que a linguagem dos peritos é ininteligível para os que não foram instruídos no ofício. Tal justificativa pode encobrir uma áurea de respeitabilidade uma esquiva que, em outras circunstâncias, seria vergonhosa. E pouco servirá para acalmar os agulhões da curiosidade e da consciência. Em momentos de introspecção, quando já não há necessidade de livrar-se do interlocutor não iniciado, com alguma mostra de sabedoria, o problema perturbador ressurge e exige uma solução⁴⁰³.

A reflexão acerca do papel desempenhado pela jurisdição nos Estados Democráticos de Direito é missão que demanda empenho e dedicação por parte de todos. Os atos estatais são criados para servir ao povo e não para serem servidos por ele para inflamação de egos e vaidades.

Reconhecer que a lei não é suficiente para exprimir os valores constitucionais do Estado, e de que a “independência do Juiz” encerra-se exatamente no limite das normas constitucionais, é medida que se impõe.

O estudo e as incursões em sistemas de tradições diversas das adotadas no Brasil ainda representam, para muitos, um tabu. Olhar adiante dos horizontes traçados pelos modelos de pensamento vigentes, arraigados em uma tradição que não existe mais em suas premissas, exige coragem.

⁴⁰³ CARDOZO, Benjamin. N. **a natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 1.

É necessário romper com a zona de conforto de muitos operadores do Direito, que, avessos às mudanças de paradigmas, permanecem vivendo na ilusória ideia de Justiça – que, no Brasil, há tempo deixou de existir concretamente.

Luiz Guilherme Marinoni assevera:

Assim, se o desejo é aperfeiçoar o sistema processual e o Poder Judiciário, há inafastável dever de analisar o que se passa no outro local da tradição jurídica ocidental, abandonando-se a velha - e hoje esquisita - ideia de que o direito americano é algo inservível aos propósitos de quem se propõe a estudar o direito brasileiro. Portanto, no presente momento, em que se discute o Código de Processo Civil, seria imperdoável deixar de pensar num sistema de precedentes⁴⁰⁴.

Os precedentes apresentam-se como uma solução viável a um sistema que, mesmo positivado em normas escritas e pré-estabelecidas em abstrato como o brasileiro, não é capaz de imprimir segurança, estabilidade e previsibilidade às relações jurídicas e a seus cidadãos. Assim, a reflexão acerca do tema se faz real e urgente.

Não se pretendeu com o presente estudo apontar soluções concretas ou definitivas, mas convidar a comunidade jurídica a se despir dos dogmas do *civil law*, que muitas vezes impedem de ver não ser o sistema brasileiro espelho daquele criado na Revolução Francesa - que objetivava afastar o poder do soberano e distribuir função estanques entre os três poderes do Estado, tornando possível sua fiscalização, reprimindo o Judiciário a uma situação de subordinação frente o Legislativo. A realidade é muito diversa: os três poderes devem caminhar de mãos dadas, compondo um único e verdadeiro Estado, com vistas a atingir o escopo maior de manter uma sociedade justa e, conseqüentemente, em paz.

Pensar em um sistema de precedentes obrigatórios, no Brasil, exige uma mudança de paradigmas, mas não uma mudança de valores. Os princípios que se pretendem preservar, pela técnica da vinculação dos precedentes, são justamente os elegidos pelo Estado, quando da promulgação da Carta Política vigente. Aliás, mais do que meros princípios jurídicos, são verdadeiros valores, ditos, pelo próprio constituinte como supremos da República Federativa do Brasil.

⁴⁰⁴ MARINONI, L. G. (Coord.). *Op. cit.* p. 9-10.

Já passou o momento de se dar efetividade aos primados constitucionais e às competências atribuídas aos órgãos do Poder Judiciário, principalmente, os Tribunais Extraordinários (STF e STJ). Patrícia Perrone Campos Mello relata:

O secesso da idéia de precedentes vinculantes, por sua vez, poderá significar uma renovação de métodos, um florescimento do desenvolvimento judicial do direito, a consolidação do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, uma melhor seleção das questões que efetivamente demandam debate mais profundo pela Corte Constitucional, uma renovação de paradigmas⁴⁰⁵.

Reconhecer a verdadeira função das Cortes, constitucionalmente eleitas, para preservar e uniformizar o sistema jurídico e o Direito, é dar força à Constituição.

A Constituição foi pensada e assim deve permanecer sendo, como um sistema harmônico de princípios e valores. Isso autoriza a evolução do raciocínio traçado no sentido de tratar devidamente o Poder Judiciário, na exata medida constitucional, é conformá-lo, também, com os valores de segurança, de igualdade e de Justiça.

As decisões judiciais, além de respeitadas *inter corpus*, devem refletir os anseios da sociedade. Como atos estatais, devem inspirar credibilidade e segurança, sendo dignas de justa confiança por parte dos agentes sociais. Por isso, as decisões devem ser estáveis. Implica reconhecer, em dimensão maior, que o Direito deve ser estável, por ordem expressa do princípio positivado constitucionalmente pela proibição de retrocessos (princípio da irretroatividade). Em outras palavras, “o princípio da irretroatividade alcança todos os Poderes do Estado e, com isso, contribui decisivamente para o aperfeiçoamento do próprio Direito”⁴⁰⁶.

A modulação dos efeitos das decisões que são capazes de alterar a ordem vigente e interferir no campo de atuação de seus agentes deve ser a regra e não a exceção. Não corresponde a ato discricionário do aplicador ou do criador da norma a modulação de seus efeitos. O texto constitucional exige que as normas capazes de interferir nas realidades fáticas passadas, construídas com base na confiança emanada pelos atos do Estado, devem ser pensadas prospetivamente, sem sustos ou surpresas aos cidadãos. “Os ingleses dizem que os jurisdicionados não podem

⁴⁰⁵ MELLO, P. P. C. *Op. cit.*

⁴⁰⁶ CARRAZZA, R. A. *Op. cit.*

ser tratados ‘como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos’⁴⁰⁷.

Somente mediante a observância, a harmonização e a coerência na utilização e na conjugação dos valores supremos da Constituição é que se pode atingir o desiderato de Justiça. Realizar a Justiça ao povo brasileiro é pensar técnicas capazes de trazer a ele a satisfação de poder saber e confiar no Estado que, como dito, foi criado com o único objetivo de servi-lo, na efetivação dos valores democraticamente eleitos por ele.

⁴⁰⁷ BENTHAM citado por R. C. CAENEGEM, *Judges, Legislators & Professors*, p. 161. *Apud* Exposição de motivos novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/>>. Acessado em: 05 ago. 2010.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Bontempo, 2005.

ALVES, Eliana Calmon. **A superposição de competência recursal**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1110/Superposi%c3%a7%c3%a3o_Comet%c3%aancia_Recursal.pdf?sequence=4>. Acessado em: 17 dez. 2010.

ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 2.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômanos**. Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Daniel Sarmento, Flávio Galdino (orgs.).

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

CASALI, Guilherme Machado. **Sobre o conceito de segurança jurídica**. Disponível em: < www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_machado_casali.pdf>. Acessado em: 15 jun. 2009.

CARDOZO, Benjamin. N. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. *In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. Ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 35-74.

CLARO, Roberto Del. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 197-205).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação**. Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em: <www.cleveadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisidicao-constitucional-tributacao.doc.doc>. Acessado: em 30 ago. 2009.

CORRÊA, Alexandre. **Manual de Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

CROSS, Rupert. ***Precedent in English law***. Clarendon Press, Oxford, 1991.

DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional**. Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/jspui/.../O_Princípio_da_Segurança_Jurídica.pdf>. Acessado em: 15 jun. 2009.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificação da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2009.

DIREITO GV - Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acessado em: 30 jul. 2010.

DUARTE, André. **Hannah Arendt: repensar o direito à luz da política democrática radical**. Direito e Discurso - discursos do direito. Ed. Ricardo Marcelo Fonseca. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas e convergência das tradições de *Common law* e de *Civil Law*. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 11-52.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *La Cominisdade Liberal*. Estudo preliminar Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho, Universidad de los Andes: 1996.

EISEMBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Harvard University Press, 1988.

Exposição de motivos novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/>>. Acessado em: 05 ago. 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

_____. Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. *In*: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeitos ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p.1-34.

GOMES, Luiz Flávio. **Mudanças contínuas: a única coisa permanente no direito**. *In*: Direito e Justiça Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/391951/?reference_id=9a316e890f4ab9365c89b0494b28a4f86d4ea1fe>. Acessado em: 02 ago. 2009.

GROTE, Rainer. *Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em: www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html. Acesso em: 15 abr. 2009.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2005.

HASSEMER, Winfried. Doutrina do método jurídico e pragmática judicial. Tradução de José Pedro Luchi. *In*: **Panóptica**. n. 12. mar-jun 08. p. 80-97. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08008.pdf>> Acessado em: 23 jun. 2009.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Tradução João Baptista Machado. 2 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1979.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito. *In*: **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**. ano 23, n. 84. p. 167-175.

KUKATHAS, Chandran. PETTIT, Philip. **Rawls “Uma Teoria da Justiça” e seus Críticos**: revisão científica de Henrique da Silva Seixas Meireles. Tradução Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito Público e outros problemas**. Brasília: 1999. v. 2.

LIEBMAN, LIEBMAN, Enrico Tullio. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Peligrini Grinover. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Tradução Conrado Hüber Mendes. Rio de Janeiro: Elvier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010.

_____. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.15, novembro 2006. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Luiz_Marinoni.htm. Acesso em: 24. jul. 2009.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *In*: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2. p. 533-588.

_____. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *In*: _____ (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 211-226.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. *In*: _____ (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 227-248.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716> Acesso em: 19 dez. 2009.

_____. ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

_____. CLARO, Roberto Del. Parecer: Efeito Vinculante. 2006.

_____. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. *In*: **Revista de Direito Administrativo**. n. 241. jul./set. 2005. p. 177-208.

MENDES, Gilmar. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 4, n.

43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>>. Acessado em: 16 nov. 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Estado Democrático e Social de Direito, controle de constitucionalidade e processo civil no Brasil: do *Iustum Iudicium* à Constituição de 1988.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/estadodemocratico_danielfranciscomitidiero.htm>. Acessado em: 23 out. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Jurisdição constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana. *In: Revista de Direito Mackenzie*. ano 2. n. 2. p. 37-61.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal. *In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. CARRAZZA, Roque Antônio. NERY JÚNIOR, Nelson. Efeitos ex nunc e as decisões do STJ.* 2. ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 75/110.

NEVES, Castanheira A. O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante.** São Paulo: Saraiva, 2010.

PAGANINI, Juliano Marcondes. **A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais.** *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A força dos precedentes.* Salvador: Editora Podivm, 2010. p. 129-147.

PAULSON, Satanley. **Kelsen e a Interpretação jurídica.** Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto.

PASSO, J. J. Calmon. **Direito, poder, justiça e processo:** julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. O magistrado, protagonistas do processo judicial? *In: MEDINA, José Miguel Garcia. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira*

de. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 218-223.

PERTENCE, João Paulo Sepúlveda. **Entrevista concedida à Assessoria de Imprensa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/congresso2006/index.asp?secao=mostraentrevista&mat_id=6016>. Acesso em: 06 jul. 2009.

PINHEIRO, Aline. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. *In*: Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentário à Constituição de 1967. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo 5. p. 5.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. p. 103-128.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. Relatório ICJBrasil 2º trimestre / 2010. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/6878>. Acessado em: 30 jul 2010.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. **Processualidade jurídica: uma abordagem principiológica a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/rod.05.05-08.pdf>> Acessado em 30 set. 2009.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho*. *In*: **Revista de Administración Pública**. n. 157. jan-abr. 2002. p. 89-118.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Forum, 2005. p. 16.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.). **Constituição e Segurança Jurídica**: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.

_____. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *In: Revista Diálogo Jurídico*. ano 1 – vol. 1 – n. 4 – julho de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao estudo do direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional Positivo**. 20. ed. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do supremo tribunal federal. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A força dos precedentes*. p. 149-165.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Coisa Julgada: direito facultativo ou imperativo. *In: Revista de Processo*. São Paulo. v. 24 n. 95.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico jurídico. São Paulo: LTR, 1996.

SOUZA, MARCELO Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O judiciário como um poder político de governo: uma introdução à experiência brasileira. *In: Revista Direito Mackenzie*. ano 2. n. 2. 2001.p. 189-196.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Tradução de Marina Gascón. ***El derecho dúctil***. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ZANLORENZI, Rafael Otávio Ragugnetti. **A Hermenêutica Constitucional Contemporânea em Perspectiva**. *In*: Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.º 04, dez. 2004. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao004/rafael_zanlorenzi.html
Acessado em: 23 jul. 2009.