

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

RENATA PONTELLO BASTOS

A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE E A MODULAÇÃO DE EFEITOS

**CURITIBA
2018**

RENATA PONTELLO BASTOS

A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE E A MODULAÇÃO DE EFEITOS

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Clayton de Albuquerque Maranhão

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA PONTELLO BASTOS

A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Clayton de Albuquerque Maranhão

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

Dedico a José Eduardo e Regina,
pela constante presença, apoio e
paciência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família, por representar lugar da mais pura satisfação e acolhimento pessoal, pelo apoio nos momentos difíceis e pelo compartilhamento das alegrias. Aos meus pais, mais que todos, por terem estado ao meu lado em uma das fases mais complexas da minha vida.

Aos colegas da Escola da Magistratura, por terem sido compreensivos e solidários e tornado esse curso ainda melhor.

Aos demais amigos, que, não importa onde estejam, não deixaram, nem por um momento, que nossos laços se enfraquecessem.

Às meninas da Kadosh, Arte e Dança que tornaram mais alegres os meus dias e gratificaram-se com seus belos movimentos. O acolhimento demonstrado por vocês, quando precisei, foi emocionante.

À equipe da Academia Fabrika, em especial ao Marcelo, por terem se preocupado de verdade com a minha saúde, e terem se colocado à minha disposição para que pudessémos recuperá-la.

À Ana Paula, ao Dr. Ismael e à Dra. Patrícia, sem os quais eu não teria chegado tão longe. A assistência de vocês foi essencial para que eu conseguisse seguir em frente e, embora ainda não tenhamos alcançado o ideal, tenho fé que cada dia será melhor que o anterior.

Ao meu orientador, Professor Clayton de Albuquerque Maranhão, por suas valiosas indicações e pelo apoio constante no trajeto da elaboração desta pesquisa.

Por fim, agradeço a Deus, por ter me feito descobrir um problema de saúde a tempo de tratá-lo, o que me possibilitou escrever estas palavras hoje.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES	11
2.1 A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES.....	11
2.2 FUNDAMENTOS DA SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES.....	23
2.3 A DINAMICIDADE NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES, A TÉCNICA DO OVERRULING E OS SEUS EFEITOS.....	33
3 A MODULAÇÃO DE EFEITOS NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE	43
3.1 ABORDAGEM HISTÓRICA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS.....	43
3.2 RAZÕES E CRITÉRIOS PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS.....	51
3.3 TÉCNICAS MODULATÓRIAS E APLICABILIDADE.....	60
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
5 REFERÊNCIAS	72

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que operaram-se, nos últimos anos, modificações legislativas e jurisprudenciais que levam a crer pela construção gradual de um sistema de força vinculante de precedentes no Brasil, ainda que distanciado dos sistemas precedencialistas puros vislumbrados em alguns países de *common law*, em razão de serem mantidas, em nosso ordenamento jurídico, elementos próprios do *civil law*. Neste contexto, a confiança depositada pelo jurisdicionado nos pronunciamentos judiciais, conjugada com a necessária estabilidade das decisões (“*stare decisis*”), tornam necessário, na superação de entendimento consolidado (“*overruling*”), que se leve em consideração se estão presentes aspectos que autorizam a atribuição de efeitos prospectivos, consubstanciados na tutela da segurança jurídica e do interesse social, a teor do que se extrai do artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil. Busca-se, neste passo, estudar o significado destas expressões e as demais razões que autorizam a modulação de efeitos, em todas as suas modalidades.

Palavras-chave: Precedentes; *Stare decisis*; *Overruling*; Confiança; Segurança jurídica; Interesse social; Modulação de efeitos.

1 INTRODUÇÃO

A temática dos precedentes tornou-se, de maneira gradativa, um dos principais temas do Direito Processual Civil moderno. Com a entrada em vigor do novo Código, passou a discutir-se se, afinal, podemos falar na existência de um sistema de “precedentes à brasileira” ou se, por outro lado, as medidas tomadas pelo legislador tem caráter meramente reestruturatório e organizatório das demandas em massa.

O objetivo deste trabalho é estudar a existência de força vinculante dos precedentes no sistema brasileiro, as técnicas para a aplicação desta e, principalmente, as formas da superação de entendimento jurisprudencial ou de recursos repetitivos. Para tanto, serão analisados, como antecedentes necessários, os aspectos que aproximam o Brasil dos países de matriz de *common law* - em que a jurisprudência predomina como fonte de direito - e a distinção entre os conceitos de precedente, jurisprudência e decisão judicial. Aqui, não se ignora a existência de posicionamento doutrinário de peso que identifica, na origem do julgado, o seu caráter de precedente, ou seja, todos os julgados emanados dos Tribunais Superiores, em razão da função que lhes é atribuída de uniformização do direito, seriam precedentes. Contudo, perspectivas diversas também serão introduzidas, a fim de que se possa eleger, para os fins deste trabalho, o conceito que melhor se amolda a estes. Na sequência, busca-se responder o questionamento acerca da existência de um sistema de precedentes propriamente dito em nosso ordenamento jurídico e, em caso afirmativo, quais são as suas características.

Transposta esta etapa, serão apresentados os fundamentos gerais que justificam o sistema de precedentes, os quais, por ora, identificam-se com a segurança jurídica proporcionada pela estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência dos tribunais. Por isso, a exigência do artigo 928 do Código de Processo Civil, que prima pela conjugação destes três fatores, será objeto de atenta análise, aprimorada pelo detido exame do significado da confiabilidade depositada pelo jurisdicionado nos precedentes. Isso terá relevância, oportunamente, para se entender as consequências da mudança abrupta de entendimento.

O próximo ponto relevante da pesquisa é a apresentação de uma proposta de sistema de precedentes dinâmica, que permita a readequação e a constante

ressignificação do direito jurisprudencial. Aqui, mostra-se importante delimitar a espécie de atividade exercida pelo magistrado e contrapô-la à justa confiança dos jurisdicionados, como elementos imprescindíveis para a escolha da melhor técnica decisória para a resolução do litígio atual. Será avaliada, por exemplo, a técnica da distinção, que permite identificar aspectos fáticos que autorizam o afastamento do precedente ao caso concreto, sem que haja, nisso, um desrespeito à vinculatividade.

A superação de entendimento predominante ou de precedente, melhor conhecida no meio doutrinário como “*overruling*”, é um dos mais importantes aspectos que devem ser estudados. Busca-se, neste subcapítulo, identificar porque as Cortes promovem a superação de seus próprios julgados e em que hipóteses estão autorizadas a fazê-lo, de acordo com critérios formulados pela doutrina e por si mesmas. Como já visto, a premissa adotada neste trabalho é de que a divergência jurisprudencial e a mudança repetida de entendimento podem ocasionar quebra da legítima expectativa do jurisdicionado, de modo que a compreensão desta técnica influi, diretamente, no estudo da modulação dos efeitos, que é uma possibilidade que exsurgiu, no § 3º do artigo 927, para mitigar estes problemas.

O mencionado artigo preleciona que “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”¹.

Para que se tenha chegado neste ponto, a legislação brasileira enfrentou uma linha histórica em que a modulação de efeitos de um julgado era vista com ressalvas, aplicando-se apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade. Até pouco tempo atrás, o próprio Superior Tribunal de Justiça entendia pela impossibilidade de modulação de efeitos de suas próprias decisões, porque não condizentes com o controle abstrato de constitucionalidade efetuado pelo Supremo Tribunal Federal. A evolução histórica deste ponto na doutrina, as modificações legislativas efetuadas e a reação dos tribunais serão destacados, portanto, em subcapítulo próprio.

Verifica-se, no entanto, que não há maiores explicações sobre o significado da segurança jurídica e do interesse social que se almeja tutelar, o que é compreensível ante à sua natureza incerta. Com este ensaio, pretende-se investigar

¹ BRASIL. Lei n. 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. 17 mar. 2018. Seção 1. p. 1.

o alcance destes termos e as razões, em geral, que justificam a modulação dos efeitos, a partir de obras doutrinárias produzidas tendo por base a redação do artigo 27 da Lei nº 8.686/1999 e da própria construção jurisprudencial sobre o tema.

Na sequência, cabe distinguir entre diferentes modalidades de modulação de efeitos, sejam estas relativas ao tempo – com a fixação, por exemplo, do momento a partir do qual valerá a nova decisão – ou aos sujeitos – como ocorre, por exemplo, quando os efeitos de uma decisão não poderão atingir aqueles que já haviam adquirido direitos. É também neste ponto que alguns julgados das Cortes Superiores serão mencionados, a fim de melhor compreender a aplicabilidade dos princípios outrora estudados e as situações concretas que podem autorizá-los.

Pretende-se, em linhas gerais, demonstrar que a construção de um sistema de valoração da jurisprudência envolve a necessária compreensão dos fundamentos da estabilidade das decisões – ou, como colocado em países de *common law*, do *stare decisis* – para que se possa, adequadamente, aplicar soluções que promovam a isonomia e a segurança jurídica entre os cidadãos. É importante recordar que, com base em entendimento consolidado, os indivíduos moldam seu comportamento nas situações cotidianas, laborais e em negócios jurídicos de várias espécies, de modo que a alteração repentina do posicionamento de uma Corte pode causar-lhes prejuízos. É o que se busca evitar, aparentemente, com a possibilidade de modular.

Desde já, cabe advertir que não se defenderá, em absoluto, que toda decisão que represente modificação de entendimento deverá ter seus efeitos modulados. Caberá desobrir, contudo, a quem cabe decidir se é o caso de modulação de efeitos, na perspectiva de um processo colaborativo, e quais são as situações jurídicas efetivamente consolidadas com base no aresto superado.

Estes são, de maneira geral, os objetivos da pesquisa que se pretende desenvolver. Não há, de forma alguma, a pretensão de esgotar as situações em que a modulação dos efeitos será cabível, até mesmo porque, em se tratando de técnica decisória, depende-se da evolução jurisprudencial para que se tenham parâmetros mais concretos quanto à sua necessidade e hipóteses de utilização. O que se faz aqui, então, é lançar ponderações que, espera-se, possam auxiliar os operadores do Direito a entender esta possibilidade proporcionada pelo mais recente Código Processual.

2 A SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES

Inicia-se esta pesquisa com a delimitação de alguns conceitos essenciais para o adequado estudo dos precedentes. Para tanto, afigura-se importante que sejam diferenciados precedentes, decisões judiciais e jurisprudência, a fim de que se possa adequadamente estipular se existe, de fato, um sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro e, em caso afirmativo, como este opera.

Porém, antes de dar início a estas digressões, mostra-se relevante uma breve síntese de razões e eventos históricos, relativos aos dois principais sistemas jurídicos reconhecidos na dogmática – o *civil law* e o *commom law* –, com a finalidade de compreender a formação da estrutura e do aparato jurídico atual, assim como as consequências da transposição de determinados institutos.

Em um segundo momento, pretende-se esclarecer quais são os fundamentos para um sistema de precedentes, de modo generalizado. Justifica-se esta escolha porque entende-se que toda interpretação e utilização de técnica decisiva – incluindo-se a superação de precedentes e a modulação de efeitos, objeto desse estudo – deve ser permeada pelos objetivos gerais do ordenamento jurídico, cuja compreensão parece, então, fundamental. Dentro da sistemática de precedentes, em especial, assinala-se a existência de alguns vetores especiais que norteiam a sua aplicação.

Na sequência, busca-se compreender, já adentrando no principal tema da pesquisa, como se dá a modificação do entendimento jurisprudencial vinculante ou do precedente – sem prejuízo de, no momento próprio, diferenciá-los. Ou seja, é neste subcapítulo que se questiona o papel dos Tribunais e das Cortes Superiores diante dos precedentes emanados de outrem ou de si mesmos, a possibilidade de alterá-los e o modo como isto pode ser feito, apontando-se alguns dos critérios identificados pela doutrina como antecedentes necessários para tanto e as razões que o justificam.

2.1 A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES

Um sistema jurídico pode ser definido como um conjunto de instituições administrativas, leis e crenças sobre o que é o direito, presentes em um local, assim como a sua função perante a sociedade e o modo como deve ser apreendido, aplicado e lecionado². As autoras de quem se colhe esta definição propuseram, diante da pluralidade fática de sistemas, a subclassificação em famílias, da qual resultou, entre outras, as já dogmaticamente conhecidas, até então, *civil law* e *commom Law*.³

A relevância atribuída à atividade jurisdicional ou, em outras palavras, o papel que esta ocupa perante o ordenamento jurídico, é de suma importância para a inserção deste, ou ao menos de alguns de seus aspectos, em um dos sistemas da divisão entre *civil law* e *commom law*. Trata-se, na realidade, de definir em que medida a tomada de decisão pelo órgão judicante pode ser fonte de direito – aqui entendida como “aqueles fatos e aqueles atos de que o ordenamento jurídico depende para a produção de normas jurídicas”⁴ e o seu convívio com as demais formas que exercem função semelhante em dada espécie de organização normativa.

Em retomada da ideia inicialmente posta, não se pretende com isso afirmar que a realidade não seja tão complexa a ponto de admitir, em concreto, a conjugação de características que tornem inviável a rígida colocação em qualquer um deles ou mesmo que haja outros sistemas com diretrizes próprias, afinal, como bem dito por Mario Losano, há inúmeros direitos positivos, com organizações tão peculiares e distintas entre si que os tornam, sem dúvidas, mercedores de estudo mais atento,⁵ desvinculado de qualquer perspectiva reducionista. Contudo, para o estudo dos precedentes e da sua força vinculativa, revela-se necessária a

² GUTIERREZ, Consuelo Sirvent; COLÍN, Margarita Villanueva. **Sistemas jurídicos contemporâneos**. 8. ed. México: Porrúa, 2006. p. 5.

³ Idem.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 208. Ao tratar sobre o tema das fontes de direito, o autor complementa que “O que nos interessa notar em uma teoria geral do ordenamento jurídico não é quantas e quais são as fontes do direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de que, no mesmo momento em que se reconhece a existência de atos ou fatos de que depende a produção de normas jurídicas (precisamente as fontes de direito, se reconhece também que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo como devem ser produzidas as regras)”.

⁵ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

compreensão dos parâmetros básicos que constituem cada um daqueles dois sistemas.

Ao tratar sobre o *commom law*, não é demasiado lembrar que o direito proveniente dos costumes não equivale, em absoluto, ao direito jurisprudencial, ainda que guarde raízes históricas semelhantes com este. Marinoni observa, neste ponto, que “o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos Englishmen, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis e rules of precedent*”⁶, referenciando-se, aqui, a conceitos que serão melhor explicados oportunamente, mas que, adianta-se, são conexos à temática dos precedentes.

De todo modo, antes mesmo de existir vinculação dos juízes às decisões, que posteriormente se presenciou ao menos nos países da tradição anglo-saxônica, havia o direito consuetudinário, principal fonte normativa no período da Idade Média.

A característica essencial deste sistema era a ausência de um controle centralizado na forma do Estado e uma pluralidade de normas, provenientes das comunidades, da família, da religião, das autoridades locais, do ordenamento romano, de relações profissionais e outros, que davam lugar à complexidade das relações⁷ e demandavam do aplicador prático e do juiz “riqueza de sensibilidade”.⁸

Estes fatores não se confundem, contudo, com a essência do *commom law* inglês, apesar da terminologia, a rigor, se assemelhar com o “direito comum”.⁹

Gradualmente, formou-se uma concepção de acordo com a qual a utilização dos costumes não bastavam mais à regência das relações interprivadas - e mesmo

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil**. Biblioteca Digital de Periódicos da UFPR. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>>. Acesso em: 22.07.2018.

⁷ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 43-45.

⁸ Idem.

⁹ Para esclarecimento quanto ao termo “direito comum”, utiliza-se do seguinte trecho da obra citada por último: “Gostaríamos de concluir, respondendo à pergunta preliminar, sobre a marca essencial desta experiência jurídica [ordem medieval]. Ela se manifesta em sua totalidade como direito comum, como direito que é obra de doutrinadores e só secundariamente de juízes, que – de todo modo – é coisa para juristas e não para políticos, e deve ser reservada a quem está em grau de manejar cautamente um patrimônio específico de categorias e de técnicas e conseqüentemente de ler o mundo social sub specie iuris. O direito comum é obra plurissecular de uma ordem de juristas laboriosa e sensível que, longe de desenhar geometrias puríssimas, ordena plasticamente a realidade medieval e pós-medieval, é imune a fronteiras nacionais e, não sendo proveniente de uma autoridade munida de império, conjuga-se de modo plural com estatutos e costumes locais ou com as disciplinas especiais colocadas em ação pela Igreja, pela ordem feudal, pela ordem mercantil” (GROSSI, op. cit. p. 48).

de direito público, especialmente considerando-se o crescimento da figura estatal¹⁰ -. Essas modificações culturais, políticas e econômicas produziram consequências diversas em cada parte do continente europeu.

De um lado, a resposta parece ter sido a maior densificação da legislação enquanto, de outro, vislumbrou-se o surgimento do direito jurisprudencial propriamente dito. Em breve explicação da maneira como este fenômeno aconteceu na Inglaterra, Paulo Lôbo assevera que, ainda que algumas garantias individuais tenham sido asseguradas na Magna Carta de 1215, não foram realizadas outras criações legislativas que permitam concluir pela existência de uma codificação nos moldes continentais. Daí adviria, então, o papel secundário da lei nesse tipo de sistema, que confere primazia aos dizeres dos magistrados.¹¹

Historicamente, é possível notar uma diferença na formação jurídica dos países de tradição anglo-saxônica, gerada pelo fato de que os juízes eram tidos por aliados do indivíduo contra o poder do legislador e desempenharam importante poder na concentração do poder e desconstrução do feudalismo, razão pela qual o medo da criação judicial do Direito e da interferência na administração inexistia, sendo até mesmo bem-vinda no *commom Law*.¹²

Quanto à mencionada codificação, própria dos países melhor situados no *civil law*, Consuelo Sirvent e Margarita Villanueva ponderam que suas causas foram políticas e ideológicas e que podem ser identificadas, entre outros, na necessidade de unificar a legislação europeia, até então esparsa, e nacionalizar os estatutos jurídicos diante da delimitação de fronteiras que se operara no continente nos séculos que haviam transcorrido. Além disso, as autoras apontam a pretensão de construir uma ordenação clara de regras, que fornecesse a resposta a todos os casos possíveis.¹³

Salienta-se, neste ponto, que não se filia propriamente ao entendimento de que a legislação não é fonte de direito no *commom law*, mas reconhece-se que a

¹⁰ Ao comentar sobre algumas mudanças do período Ferraz Júnior: "A possibilidade de confronto dos diversos conjuntos normativos cresce e, com isso, aumenta a disponibilidade das fontes, na qual está a essência do aparecimento das hierarquias. Estas, no início, ainda afirmam a relevância do costume, do direito não escrito sobre o escrito. Pouco a pouco, no entanto, a situação inverte-se. Para tanto, contribuiu o aparecimento do Estado absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar". (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2003. p. 72-73).

¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

¹² MERRYMAN, John Henry; PERREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 17.

¹³ GUTIERREZ; COLÍN, op. cit. p. 48.

sua função é muito discrepante daquele que lhe atribuem os países de *civil law*. Nestes últimos, operou-se mudança bem mais perceptível no que diz respeito à produção legislativa com vistas à construção sistemática.

Na realidade, é precisamente aí que reside uma das principais diferenças entre estas duas espécimes. René David, ao comparar os sistemas jurídicos inglês e francês – cuja matriz aproxima-se mais, sem dúvidas, da brasileira¹⁴ – afirma que o direito inglês, advindo da *common law*, “é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra”.¹⁵

Assim, o autor aduz que as regras formuladas pelo legislador apenas são aplicadas ao caso concreto quando já se conhece a interpretação que a jurisprudência lhes deu anteriormente, diversamente do que ocorre no restante do continente europeu, em que existe uma regra “evidenciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade de casos, sem relação com um litígio particular”.¹⁶ Pontua-se, ainda, as expressões que tradicionalmente delimitam estes dois sistemas, como sendo de “*case law*” ou “*judge made law*”¹⁷ ou marcados pela exegese, em que o juiz atua como “boca da lei”.¹⁸

Neste último caso, quiçá seja pertinente lembrar, falamos de um sistema em que a lei é que estabelecerá a regra a ser aplicada, e esta é dotada, por sua natureza, de generalidade e abstração¹⁹, havendo então outra distinção relevante

¹⁴ James G. Apple e Robert Deyling referem que o ordenamento jurídico brasileiro, que teve início com as Ordenações Filipinas, sofreu influências inegáveis das leis romanas, portuguesas, alemãs e, no que concerne ao Código Civil, das normas francesas deste gênero (APPLE, James G. e DEYLING, Robert P. **A primer on civil-law system**. Disponível em: < <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/CivilLaw.pdf> >. Acesso em: 22 de jul. de 2018.

¹⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 408.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Em livre explicação, seria o poder de o juiz criar a lei. Aqui, não se ignora, embora também não se aprofunde na temática, que há divergência na doutrina quanto ao papel declaratório ou criacionista do Juiz, no sistema da *common law*.

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **The spirit of laws**. Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 180. Em um sistema marcado pela estrita separação entre Legislativo e Judiciário, não haveria como se atribuir papel diverso aos juízes, no entender do autor (Loc. cit.).

¹⁹ É importante notar que Norberto Bobbio critica estes termos, propondo que “Em vez de usar indiscriminadamente os termos “geral” e “abstrato”, julamos oportuno chamar de “gerais” as normas que são universais em relação aos destinatários e, e “abstratas” aquelas que são universais em relação à ação. Assim, aconselhamos falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas, e em normas abstratas quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 180).

com relação à tomada de decisões que leva em consideração regra formulada com base em outro caso, dotado de peculiaridades, o que será relevante para o estudo dos precedentes.

Há outras distinções, a par da decisão ou lei como fonte primordial de direito, entre os dois sistemas – ou, na classificação anteriormente proposta, famílias – que são igualmente relevantes. De passagem, menciona-se a formação prática ou teórica dos juristas e o papel da doutrina. Contudo, por ora, levando-se em conta os objetivos desta pesquisa, passa-se ao estudo da maneira como se formou o ideal da força vinculante das decisões, sem prejuízo da apresentação ou retomada de outros conceitos que se façam necessários no transcorrer deste tópico.

Conforme já mencionado, o reconhecimento formal da força vinculativa das decisões não surgiu concomitantemente ao nascimento do próprio sistema do *common law*. Neste contexto de atribuição de importância à experiência adquirida com os casos anteriores, expressão utilizada por Sérgio Gilberto Porto²⁰, destaca-se que a House of Lords reconheceu, de modo marcante, a obrigatoriedade de seus julgados no caso *London Street Tramways v. London County Council*,²¹ em que se pontuou, remetendo-se ao caso *Beamish v. Beamish*, que não seria possível àquela instituição, quando houvesse decisão anterior tomada por si sobre determinada questão, rediscuti-la. Admitiu-se, ainda, que este princípio era vislumbrado há tempos e que, portanto, naquele caso, não poderia haver nova discussão.²²

Até então, pode-se perceber, de acordo com a doutrina de Daniel Mitidiero, três momentos históricos, no desenvolvimento do direito anglo-saxônico, em que os precedentes possuíam diferentes papéis, diversos da função vinculativa que foi apontada nesta altura. O autor referencia a função ilustrativa, nas origens do sistema, como explicação do Direito aplicado ao caso²³, entre os séculos XVI e XII, a

²⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. Porto Alegre: **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, 2010. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Belloc%20Marins%20%20vers%C3%A3o%20final.pdf>> Acesso em: 22.07.2018.

²¹ Idem.

²² Eis aqui uma leitura livre do seguinte trecho: "a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided." Disponível em <<http://www.e-lawresources.co.uk/London-Street-Tramways-v-London-County-Council.php>>. Acesso em: 22.07.2018.

²³ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 28.

persuasiva – em que os precedentes “servem para a decisão do caso, desde que não sejam contrários ao Direito”²⁴ e, por fim, a vinculativa, ao longo do século XIX.²⁵

O grau de vinculação ou persuasão que é atribuído aos precedentes está, então, intimamente relacionado ao de sistema que é adotado em um determinado ordenamento jurídico e à estabilidade de que as decisões judiciais padecem em seu âmbito. Por isso, passa-se à análise deste aspecto para determinar se, no direito brasileiro, existe um sistema de precedentes vinculantes e sua operabilidade.

Para José Rogério Cruz e Tucci, a depender do sistema em que se encaixa, a decisão pode ser classificada como “precedente vinculante (*binding authority*: sistema da *common law*) e precedente persuasivo, ou de fato, ou revestido de valor moral (*persuasive authority*: em regra, sistema da *civil law*)”.²⁶ O autor chama a atenção para o fato de que, via de regra, no direito codificado, a jurisprudência não é considerada fonte de direito, ou seja, as decisões judiciais não têm eficácia além de persuasiva.²⁷

Por outro lado, em qualquer espécie de sistema, admitir que a decisão cria direito, e que este deve ser observado pelas Cortes – seja a mesma ou inferiores - em situações posteriores, confere-lhe um caráter normativo e estabilizador. É o que se tem chamado, nos trabalhos doutrinários, de *stare decisis*.²⁸ Até o momento, referiu-se ao *common law* no direito inglês, mas esta espécie é também percebida, com suas peculiaridades, em outros países, especialmente nos Estados Unidos, onde foram cunhados termos que serão apresentados, quando necessários, neste trabalho.

Com efeito, James Fowler e Sangick Jeon entendem que o *stare decisis*, no direito estadunidense, é uma norma legal que deriva do *common law* inglês,

²⁴ Ibidem, p. 31.

²⁵ Ibidem, p. 36.

²⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004. p. 12.

²⁷ Ibidem, p. 13.

²⁸ Estefânia Barboza bem explica que o *stare decisis*, adotado em países de *common law* feito Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e outros, advém do termo latino “*stare decisis et quieta non movere*”, que significa, em tradução por ela realizada, “aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas” (BARBOZA, Estefânia. Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 198). A autora traz, ainda, a definição formal do *Oxford Dictionary of Law*, de acordo com o qual *stare decisis* é “*a maxim expressing the underlying basis of the doctrine of precedents, i.e. that is necessary to abide by former precedents when the same points arise again in litigation*” (MARTIN, Elizabeth A. apud BARBOZA, op. cit.).

encorajando os juízes a permitirem que decisões anteriores gozem de estabilidade.²⁹ De outro lado, a própria Suprema Corte America (Supreme Court) já afirmou que “sob a doutrina do *stare decisis*, exige-se dos tribunais que exercem jurisdição em instâncias inferiores que sigam as decisões dos tribunais superiores”.³⁰

Vislumbra-se nestes dizeres da instituição americana a faceta da vinculação vertical no *stare decisis*, embora exista, também, a vinculação horizontal, destinada ao próprio Tribunal do qual emana o precedente.³¹ Este é um aspecto que será melhor abordado adiante, ao tratar sobre o papel das Cortes na aplicação de técnicas interpretativas e na superação de seus julgados.

O precedente se define, tradicionalmente, como uma decisão anterior que funciona de modelo às decisões posteriores,³² sendo que é inerente à racionalidade humana valer-se de escolhas pretéritas para buscar a solução de problemas atuais.³³

De todo modo, o princípio basilar que disciplina a formulação de decisões judiciais na sistemática de precedentes, regrada pelo *stare decisis*, é aquele segundo o qual os juízes devem seguir as decisões anteriores, ou seja, as mesmas soluções conferidas a situações idênticas ou semelhantes, no passado, devem incidir sobre os casos atuais³⁴. Rupert Cross e J. W. Harris definem que é um “princípio da administração da justiça que casos iguais sejam decididos de forma igual”.³⁵

Dentro do sistema jurídico brasileiro, é relevante destacar que o precedente adquire, frente aos conceitos postos, funcionalidade diversa daquela que se atribui à jurisprudência, em abstrato, ou à simples decisão judicial, ainda que, em alguns momentos, a doutrina utilize indiscriminadamente estes termos. Nesse sentido, é a pretensão de universalidade que caracteriza o precedente, intimamente conexa com

²⁹ FOWLER, James e JEON, Sangick. **The authority of Supreme Court Precedent**. Disponível em <https://aclu.procon.org/sourcefiles/fowler_authority_score.pdf>. Acesso em: 22.07.2018.

³⁰ Eis aqui uma livre tradução de “[u]nder the doctrine of *stare decisis*, all tribunals exercising inferior jurisdiction are required to follow decisions of courts exercising superior jurisdiction”. Disponível em <<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2d/57/450.html>>. Acesso em: 22.07.2018.

³¹ BARBOZA, op. cit. p. 199.

³² MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York: Routledge, 2016. Versão eletrônica não paginada.

³³ Idem.

³⁴ SCHAUER, Frederick. Precedent. **SRRN**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 08.04.2018.

³⁵ Trata-se de livre tradução da máxima, largamente utilizada na produção científica, de que “It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike”. (CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 3).

a sua potencialidade para a regulação de casos semelhantes, que será extraída de determinados elementos formais que o compõem e da fundamentação adequada³⁶.

Destarte, pode-se reduzir a confusão de termos ao partir-se de conceito pelo qual jurisprudência é um conjunto de decisões – aqui, ressaltando-se o seu aspecto qualitativo, como faz Michele Taruffo,³⁷ produzidas e reiteradas ao longo do tempo³⁸ e em determinado espectro jurisdicional,³⁹ e que podem ou não convergir num mesmo sentido, enquanto o precedente é apenas uma decisão judicial, cuja identidade com o caso atual, se percebida, leva à sua aplicação,⁴⁰ pelo simples fato de ser dotado de características específicas que o tornam obrigatório.⁴¹

Não se intenciona, com isso, afirmar que essa classificação seja a única possível ou unânime nas discussões acadêmicas, mas é a que parece ser mais adequada aos fins deste trabalho. Neste cenário, cabe lembrar que o Código de Processo Civil de 2015 impõe o dever de os Tribunais manterem a sua jurisprudência “estável, íntegra e coerente”.⁴² Ora, ao que tudo indica, referencia-se ao conjunto de decisões proferidas pela Corte, sendo que, em outros momentos, a legislação processual adota o termo “precedente” com sentido próprio, como se verá no momento mais adequado da pesquisa.

As características essenciais que definem um precedente, dentro da normativa brasileira, estão relacionadas àquelas que os constituem, também, em outros sistemas, ainda que possam se vislumbrar algumas particularidades em nossa legislação. Assim, em primeiro lugar, é de se apontar que o precedente é formado, essencialmente, pela sua *ratio decidendi*, ou seja, pelos fundamentos determinantes que levaram àquela decisão e que, se identificáveis com o caso atual,

³⁶ PUGLIESE, William Soares. *A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade*. 2016. **Dissertação** (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/32233>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

³⁷ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Disponível em: <civilistica.com/wp-content/uploads/.../Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 24.07.2018.

³⁸ ZANETTI JUNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 235, 2014, p. 293–349.

³⁹ Seria possível falar, por exemplo, na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná sobre determinado assunto, que significaria um conjunto de decisões em que este foi tratado como tema principal.

⁴⁰ TARUFFO, op. cit.

⁴¹ ZANETTI JUNIOR, op. cit. p. 293-349.

⁴² É o que se extrai da redação do art. 926 do diploma normativo, de acordo com o qual “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

devem ser aplicados para a sua solução⁴³. Nesse sentido, Lucal Buri de Macedo leciona que “O termo mais adequado para definir a norma oriunda do precedente é *ratio decidendi* ou, simplesmente, razões de decidir ou norma do precedente”.⁴⁴

Este é, portanto, o elemento fundamental da decisão, cuja identificação é fundamental para a adequada aplicação ao caso concreto. De outro lado, “Se uma afirmação foi colocada na decisão mas não foi necessária para se decidir o caso, então não se tem a mesma força vinculante, embora possa ter efeitos persuasivos em decisões futuras”⁴⁵, o que costuma ser denominado “*obiter dictum*”.⁴⁶

Não se coloca em dúvida as dificuldades práticas que podem advir do exercício interpretativo para identificar estes elementos. Porém, - e aqui, admite-se que já se adentra no tema da existência de uma ordem de vinculação aos precedentes -, adotando-se a visão de Aurélio Viana e Dierle Nunes, nada impede que a elaboração de decisões adequadamente fundamentadas, após a oportunização do diálogo amplificado entre as partes, próprio de um direito democrático, produza precedentes com perfeita aptidão para regulação de litígios atuais em nossa sistemática.⁴⁷

Em outra acepção, uma das características fundamentais que definiriam o precedente seria a sua origem. Logo, o julgado emanado do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no exercício de funções de formação dos precedentes, seriam sempre vinculantes, como se vê:

Precedentes são razões necessárias e suficientes para solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema. Como resultam de interpretação de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais integrantes da ordem jurídica formuladas por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o direito constitucional ou do direito federal, os precedentes são sempre obrigatórios, isto é, têm sempre força vinculante.⁴⁸

⁴³ E assim o é, por exemplo, para os já mencionados autores Rupert Cross e J. W. Harris, quando se diz que o tribunal deve seguir o precedente, afirma-se, na realidade, que é a *ratio decidendi* do precedente que deve ser aplicada ao caso atual, desde que não haja divergência fática razoável entre este e aquele anteriormente resolvido (CROSS, op. cit. p. 98).

⁴⁴ MACEDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 72.

⁴⁵ BARBOZA, op. cit., p. 218.

⁴⁶ DAVID, op. cit. p. 430.

⁴⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 224.

⁴⁸ MITIDIERO, op. cit., p. 89-90.

Há uma parcela respeitável da doutrina brasileira, contudo, que defende que, com o advento do novo Código Processual, não há propriamente a obrigatoriedade de seguir precedentes. Lênio Streck, como um dos principais expoentes desta corrente, afirma que objetivou-se, em especial com a relação de decisões do artigo 927, unicamente o enfrentamento do fenômeno da complexidade da repetição de litígios no Brasil.⁴⁹ Em outra oportunidade, o autor já expusera que havia, no máximo, a vinculação à jurisprudência, mas não um sistema de precedentes.⁵⁰

O aspecto de gerenciamento das demandas é, numa perspectiva voltada à realidade, inegável. Contudo, neste trabalho, não se pretende fazer mais do que mencioná-lo, pela simples adoção do ponto de vista segundo o qual, ainda que de suma importância, este fator não afeta a existência da formação de uma doutrina de vinculação aos precedentes e seu crescimento no Brasil antes mesmo do atual Código de Processo Civil e da sua conversão em aspecto fundamental para a aplicação do direito com a entrada em vigor da novel legislação, como se exporá.

É de notar que operou-se, especialmente no período pós-guerra, aproximação entre os sistemas da *commom law* e *civil law*, a qual se deu, entre outras razões, pela função que passou a ser atribuída aos juízes neste último. Ao explicar este fenômeno, Mauro Capelletti bem o definiu como “aumento da criatividade da jurisprudência”⁵¹ e destacou, dentre outros elementos, a criação de Tribunais Constitucionais em alguns países europeus – nos quais, registre-se, adota-se tipicamente, o *civil law* -, com o exercício de função distinta de simples Cortes Superiores de revisão, já que suas decisões produziriam efeitos *erga omnes*⁵². O autor justifica este acontecimento numa perspectiva de sobrelevação da Constituição e da proteção de direitos sociais e coletivos no ordenamento jurídico, o que demanda uma atuação judiciária que, inevitavelmente, desempenhará papel criativo, e não meramente interpretativo.⁵³

Traçando-se um brevíssimo parâmetro histórico, percebe-se que algumas modificações foram gradativamente operadas na legislação brasileira com a finalidade de conferir, a determinadas espécies de julgados, eficácia vinculante. As

⁴⁹ STRECK, Lênio. O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 24.07.2018. As críticas do autor se estenderam em outros artigos publicados no mesmo *site*.

⁵⁰ STRECK, Lênio. **Hermêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 123.

⁵² *Ibidem*, p. 126.

⁵³ *Ibidem*, p. 128-129.

decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade⁵⁴ e aqueles oriundas de recursos extraordinários são bons exemplos, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A existência destas espécies de pronunciamentos está relacionada aos moldes do sistema de controle misto de constitucionalidade escolhido, que mescla elementos do controle difuso efetuado nos Estados Unidos e da competência exclusiva de Tribunais Constitucionais para fazê-lo, própria de alguns países do continente europeu.⁵⁵ Entende-se que, ainda que os juízes de instâncias inferiores tenham, em nosso país, o poder de declarar a nulidade da norma pela incompatibilidade vertical, como suas decisões produzem efeitos *inter partes*, revela-se fundamental o instrumento de concentração do poder de declaração da (in)constitucionalidade de normas em Corte designada para tanto, com aptidão para a produção de efeitos que retirem, em definitivo, a norma do ordenamento jurídico.

É neste ponto, assim, que se passa a vislumbrar a vinculação às decisões proferidas, mesmo que, pelos exemplos dados, de uma maneira vertical. Contudo, adiante, percebe-se que, na prática, apesar da desvinculação formal, outras decisões proferidas pelas Cortes Superiores são constantemente mencionadas em seus próprios julgados e pelas Cortes de Apelação. Estas, gradativamente, também procuram dar maior valor aos seus próprios paradigmas.

De outra feita, também é possível mencionar as reformas operadas na temática de repercussão geral - calcada na formação de decisão com efeitos gerais⁵⁶ - e os maiores poderes conferidos ao Relator para julgamento monocrático, quando o recurso se fundasse em tese contrária à jurisprudência ou súmula do próprio Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, como

⁵⁴ Havia a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pela via difusa, antes da Constituição de 1934 e, com esta, surge a possibilidade de que o Tribunal a efetue (o artigo 179 expressamente estabelece que “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”). Porém, a ação direta de inconstitucionalidade, também denominada de representação de inconstitucionalidade, é hipótese mais recente, que aparece sob a égide da Constituição de 1946, com a Emenda Constitucional nº 16/1965, que conferiu ao art. 101 (que tratava das competências do Supremo Tribunal Federal), inciso I, “k”, a seguinte redação: “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. A amplificação do rol de legitimados à propositura da ação direta veio, entretanto, apenas com a Constituição de 1988 e a regulação do seu processamento, com a Lei nº 9.868/1999.

⁵⁵ ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15-19.

⁵⁶ O § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, inserido pela Lei nº 11.418/2006, dispunha que “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

marcos do ideário de observância de precedentes⁵⁷ que exsurgiu, aos poucos, no direito processual.

Destarte, ainda que não se possa falar em um sistema de precedentes nos termos existentes nos países de tradição da *commom law*, é inegável que fatores atinentes à insuficiência da lei para responder adequadamente aos litígios e demandas sociais, a já mencionada necessidade de controle tendo a Constituição por parâmetro, a crescente valorização da jurisprudência na prática forense⁵⁸ e algumas reformas processuais realizadas levam, no mínimo, à conclusão de que tem ocorrido a construção de um regramento em que a jurisprudência constitui-se em fonte de direito. Nesta perspectiva, denota-se a formação gradual do *stare decisis* brasileiro.

A partir daí, faz-se necessário tecer comentários sobre as mudanças realizadas pelo legislador no novo *Codex* processual com os efeitos, a rigor, de densificar a relevância de determinadas decisões. No artigo 927, elencaram-se algumas decisões que devem ser, necessariamente, seguidas pelos magistrados. Contudo, o termo “precedente” não é efetivamente utilizado neste momento, tendo se preferido, no capítulo dedicado à Ordem dos Processos nos Tribunais, referenciá-lo apenas para tratar da publicidade dos precedentes⁵⁹ e das circunstâncias fáticas que geraram a emissão de súmula.⁶⁰ Isso não significa, contudo, que estas decisões não possam ser consideradas precedentes, dotados de efeitos plenamente vinculativos - seja horizontalmente ou verticalmente -, até mesmo em decorrência da natureza que a própria legislação lhes confere.

Este parece ser, portanto, mais um passo dado pelo legislador brasileiro rumo à construção de um sistema com maior força de vinculação das decisões pretéritas, em que se busca, ademais, a estabilidade das decisões, como se vê pela

⁵⁷ VIOLIN, Jordão. Julgamento monocrático pelo Relator: o artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 505-518.

⁵⁸ “Nenhum operador do direito, da época contemporânea, negaria a utilidade e eficiência dos precedentes judiciais acerca das várias teses que deve sustentar na defesa de um caso ou para fundamentar uma decisão; qualquer acadêmico sabe da importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos da persuasão” (SOARES, Guido apud CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 257-258).

⁵⁹ Art. 927, § 5º: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

⁶⁰ Art. 926, § 2º “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

redação do artigo 927 – ressaltando-se que os fundamentos para tanto serão melhor explanados no próximo tópico da pesquisa.

Não se pretende com isso afirmar, contudo, que a simples alteração da lei tenha aptidão para, por si só, gerar uma sistemática de precedentes. É que entende-se que, em acordo com parte da doutrina sobre o tema, esta deve ser construída, também, com uma mudança de pensamento dos operadores do Direito e com a cuidadosa ressignificação de institutos jurídicos extraídos dos países de tradição da *commom law*, adaptando-os à peculiar sistemática brasileira quando necessário.⁶¹

Feitas estas breves digressões sobre a força vinculante dos precedentes, o *stare decisis* e a delimitação de alguns conceitos básicos, passa-se à análise dos fundamentos da força dos precedentes, na perspectiva das atuais demandas sociais atinentes à realidade de necessidade de coerência nos posicionamentos judiciais.

2.2 FUNDAMENTOS DA SISTEMÁTICA DE PRECEDENTES

A estabilidade das decisões e o dever de seguir precedentes, consubstanciado no *stare decisis*, encontra, em primeiro lugar, fundamento em normas de cunho constitucional.⁶² Frisa-se que é tarefa árdua eleger, de maneira precisa, os princípios e objetivos que delimitam a força dos precedentes, contudo, o que se busca neste ponto do trabalho é apresentar alguns dos elementos que, integrantes da ordem jurídica brasileira, favorecem a aplicação do sistema de observância aos precedentes, sem a pretensão de, com isso, esgotá-los. E parte-se, nesta linha, da premissa colocada no início deste sub-capítulo.

A igualdade, erigida à condição de direito fundamental pelo constituinte pátrio, parece ser um interessante ponto de partida para pensarmos em precedentes. No *commom law*, como visto, é um princípio básico que os juízes devem tratar casos iguais de maneira igual (“*treat like cases alike*”). Aqui, percebeu-se há tempos que esta seria irrealizável na prática, se não fosse acompanhada da

⁶¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 122-124.

⁶² FALLON JR, Richard. *Stare decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*. NYU Law Review. Disponível em <www.nyulawreview.org/sites/.../NYULawReview-76-2-Fallon.pdf>. Acesso em 27.07.2018. Embora se tenha colhido, aqui, de um posicionamento norte-americano, em perspectiva analítica de seu próprio sistema, este pensamento permeia, também, as ideias dos doutrinadores nacionais, como se verá adiante.

uniformização da jurisprudência, visto que a simples igualdade perante a lei, ou seja, sua permanência no plano normativo, não seria suficiente à concretude deste direito.⁶³

Além disso, é razoável pressupor que o cidadão comum, alheio à prática jurídica, tenha dificuldade em conceber as razões pelas quais decisões diferentes são proferidas para casos que, a rigor, são semelhantes ou até mesmo idênticos. Neste contexto, Teresa Arruda Alvim aponta que a existência de divergentes posicionamentos sobre a mesma questão, além de afrontar a igualdade, compromete a previsibilidade e gera aumento da litigiosidade.⁶⁴

É certo que aumenta, em decorrência disso, a fragilidade da confiança na aplicação isonômica do Direito, a qual, de alguma forma, é privilegiada pela legislação processual. Isso porque, ainda que não se realize expressa menção à igualdade, remete-se aos princípios encartados na Constituição como valores a serem buscados pelo intérprete,⁶⁵ o que significa que “A busca pela uniformidade indica que sobre uma mesma controvérsia é indispensável consolidar uma posição jurídica para que não permaneça o debate sobre posicionamentos jurisdicionais conflitantes”.⁶⁶

É nesta linha que, ao que tudo indica, o artigo 926 do Código de Processo Civil preza pela uniformização da jurisprudência, assegurando, ainda, que devem ser buscadas a integridade, estabilidade e coerência pelos Tribunais. Ainda que não se tenha optado pela utilização do termo “precedentes”, como já dito, é possível perceber que a sistemática de força vinculativa dos precedentes e do stare decisis localiza-se, dentre outros, neste dispositivo, de modo que sua análise mostra-se necessária.

De outra feita, é necessário dizer que a complexidade dos elementos mencionados impossibilita estudo detido do significado de cada uma das expressões

⁶³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 304-306.

⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Por que respeitar precedentes? **Gazeta do Povo**. Publicado em 16.10.2015. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/teresa-arruda-alvim-wambier/por-que-respeitar-os-precedentes-2ot2n72y384owypqrn3gynso1>>. Acesso em: 28.07.2018.

⁶⁵ É o que se extrai já da redação do artigo 1º: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste código”.

⁶⁶ CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação de precedentes. **Revista de Processo**, v. 260, out./2016. Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao.../RPro_n.260.11.PDF>. Acesso em: 27.07.2018.

utilizada pelo legislador. Contudo, é possível apresentar características, em linhas gerais, destes termos, na busca pela compreensão do significado que se bucou atribuir-lhes perante o ordenamento jurídico e de seus objetivos.

A começar pela integridade, não há como negar a importância da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, exposta em suas principais obras. Em seus ensinamentos, a integridade não condiz com a coerência, eis que diz respeito a um princípio.⁶⁷ Nesta acepção, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.⁶⁸

Logo, os juízes que decidem os casos difíceis não podem fazê-los com a simples aplicação de regras, mas devem oferecer continuidade às interpretações que já foram, em outros momentos, tidas por corretas, em virtude do seu embasamento no aparato principiológico.⁶⁹ O doutrinador defende, ainda, que o trabalho do juiz equipara-se ao do romancista em cadeia, que vale-se do material já posto para continuar a produzir, em concatenação que permita concluir que a obra é, na realidade, de autoria de apenas um escritor⁷⁰. É daí que se pode extrair, então, a ideia de continuidade das decisões judiciais, desde que pautadas e fundamentadas em interpretações legítimas da ordem de regras e princípios.⁷¹

Valendo-se da lição de Dworkin e sem desprezar a possibilidade de outras conceituações, nota-se que a integridade impõe, de maneira geral, que as decisões tenham embasamento em soluções dadas a casos anteriores. Contudo, estas devem guardar convergência com a interpretação dada aos princípios democraticamente escolhidos pela sociedade, levando-se em consideração, pois, todo o complexo de normas que constituem um determinado sistema.

De outro lado, a coerência nas decisões adotadas pelos Tribunais pode ser melhor explicada pela ausência de contradição com o próprio ordenamento jurídico e obediência aos seus princípios e regras legais, se nos utilizarmos da definição dada por Neil MacCormicck.⁷²

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 266.

⁶⁸ Ibidem, p. 272.

⁶⁹ Ibidem, p. 273-274.

⁷⁰ DWORKIN, op. cit., p. 275-279.

⁷¹ BARBOZA, op. cit., p. 249.

⁷² MACCORMICCK, op. cit.,

Em sentido mais amplo, porém, Alfredo Copetti Neto e Hermes Zanetti Jr. propõem que os conceitos de integridade e coerência, para efeitos de interpretação do artigo 926 do CPC, sejam lidos em conjunto, de maneira que a unidade com os princípios, com o ordenamento jurídico e com a própria Constituição seriam mais do que a simples não-contradição, formando a denominada “normatividade conglobante”.⁷³ Haveria, nesta perspectiva, a ideia de manter-se um grau mínimo de consistência nas decisões das Cortes de Justiça.⁷⁴

Para Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, diante do papel atribuído constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal, que passa à posição de “realizador de direitos e garantidor de direitos fundamentais”, afastando-se da função meramente interpretativa dos precedentes, revela-se essencial a formação de um sistema racional e coerente. Contudo, a autora aduz que as decisões do STF, frequentemente, ainda são desconsideradas pelas Cortes inferiores e que, no próprio Tribunal Superior, há o problema de, por vezes, cada Ministro lançar mão de determinadas decisões apenas para reforçar a sua linha argumentativa. Aí, residiria, portanto, a importância da uniformidade e da integridade, numa perspectiva de hierarquia entre os Tribunais ou vinculação vertical e, também, horizontal, visto que às Cortes inferiores caberia o mesmo dever de observarem suas próprias decisões.⁷⁵

De todo modo, as feições de integridade e coerência que devem ser atribuídas à jurisprudência, de qualquer ponto de vista que se adote, somente poderão ser verificadas, no caso concreto, com a devida fundamentação da decisão. Ora, se os juízes exercem função elementar na integração do ordenamento jurídico, é precisamente na motivação da decisão que se poderá localizar, de forma adequada, as normas que servirão de balizamento para a conduta dos indivíduos e em que medida estas formam unidade e completude com o ordenamento jurídico.⁷⁶

⁷³COPETTI NETO, Alfredo e ZANETTI JR., Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre dworkin e maccormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. **Derecho y Cambio Social**. Publicado em 03/10/2016. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista046/OS_DEVERES_DE_COERENCIA_E_INTEGRIDADE.pdf>. Acesso em: 27.07.2018.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ BARBOZA, op. cit., p. 265-266.

⁷⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 260.

A estabilidade, por seu turno, “é o dever de seguir os próprios precedentes, é a presunção a favor dos precedentes já estabelecidos pelo tribunal, resultante da vinculação horizontal, ou seja, do *stare decisis*”⁷⁷. Cabe destacar que, aqui, os formuladores deste conceito partem da premissa segundo a qual o *stare decisis* concerne à vinculação do próprio Tribunal às suas decisões, divergindo da força dos precedentes emanados de Cortes hierarquicamente superiores.

Para William Pugliese, a estabilidade, construída a partir da teoria dos precedentes e do *stare decisis*, representa a previsibilidade e a certeza que é permitida ao cidadão e situa-se na interconexão entre o passado, o presente e o futuro.⁷⁸ Colhe-se, aqui, da lição de Katya Kozicki, segundo a qual a responsabilidade dos juízes ao decidirem teria, portanto, interconexão com o passado, na medida em que a norma aplicável será extraída dos precedentes e da história da comunidade; com o presente, em que há necessidade de resposta ao caso e com o futuro, porque a decisão terá repercussão para futuras situações.⁷⁹

Vê-se, portanto, que trata-se de uma noção temporal, ao contrário da integridade e da coerência, que mais se relacionam à produção de decisões em um sistema que leve em consideração todos os elementos normativos e suas interpretações, ou seja, o ordenamento e as decisões dos tribunais.

No cenário da formação de um sistema de precedentes e do crescimento da importância do *stare decisis*, é possível afirmar que a introdução destes elementos na legislação processual, na condição de critérios a serem, no mínimo, observados pelos tribunais em âmbito nacional, contribuem para o seu desenvolvimento. Evidentemente, as exposições realizadas aqui não esgotam as suas possíveis definições e não têm a pretensão de propor maneiras para sua aplicação prática, mas possibilitam concluir que, de todo modo, houve um avanço da lei nesse sentido.

Não obstante, trata-se de uma forma de conferir proteção à confiança legítima do jurisdicionado e da própria segurança jurídica, que, inegavelmente, figura como núcleo central do Estado de Direito, da ordem normativa constitucionalizada e da própria normativa internacional. A partir daqui, pela maior facilidade de sua compreensão, abordam-se estes dois aspectos, de maneira interligada.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ PUGLIESE, op. cit., p. 173.

⁷⁹ KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 90

A segurança jurídica, conforme bem delimitado por Ingo Sarlet, é expressão da ordem jurídica que pode ser vista como princípio e direito fundamental.⁸⁰ Assim, coloca-se como grau de proteção frente à ordem estatal e atos de particulares.⁸¹ De maneira similar, Humberto Ávila Júnior já a definira, sob perspectiva normativa, como princípio, ou seja, uma “prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”.⁸²

Neste viés, Luiz Guilherme Marinoni defende que, para que o cidadão tenha conhecimento dos efeitos que seus atos podem produzir e possa planejar suas ações, a ordem jurídica deve ser estável, o que se aplica às decisões judiciais.⁸³ O autor formula divisão para o estudo da segurança jurídica que parte daquela proposta por Joaquim José Gomes de Canotilho, para quem esta se dá em um aspecto subjetivo, condizente com a previsibilidade e no qual se insere também, a confiança, e noutro objetivo, que melhor se identifica com a estabilidade das regras.⁸⁴

Ao tratar do primeiro destes critérios, o doutrinador afirma que não é o simples conhecimento da norma legislada que lhe dá concretude, mas a possibilidade de contar-se com decisões previsíveis,⁸⁵ de modo que “se a previsibilidade não depende da norma em que se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial, e não à norma jurídica em abstrato”.⁸⁶ Neste espectro, impera ainda a necessidade de univocidade das normas, que significa a redução, até onde for possível, das divergências interpretativas.⁸⁷

Aqui, o autor chama a atenção para o fato de que o sistema jurídico somente poderá ser efetivo se puder conferir previsibilidade pela univocidade em suas

⁸⁰ 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. **Revista de Direito Social**, v. 14, 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28.07.2018.

⁸¹ Idem.

⁸² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. p. 112.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 97-98.

⁸⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 257.

⁸⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 99.

⁸⁶ Ibidem, p. 100.

⁸⁷ Ibidem, p. 101.

decisões, no que identifica falha em nosso ordenamento⁸⁸. Isso porque, apesar do papel constitucionalmente conferido ao Superior Tribunal de Justiça de garantir a unidade do direito federal, suas decisões são desrespeitadas ou sequer consideradas na prática jurídica, quer pelos Juízes de primeiro grau ou pelos Tribunais inferiores.⁸⁹

Já no aspecto objetivo, pontua-se que a estabilidade impõe a continuidade dos precedentes, razão pela qual os juízes devem observar não apenas as decisões que tomaram anteriormente, mas aquelas advindas das Cortes Superiores, o que decorre, também, do dever de coerência nos pronunciamentos judiciais.⁹⁰

A confiança, por seu turno, é um requisito da previsibilidade, eis que “não há como prever sem confiar”.⁹¹ A tutela da confiança depende, então, da edição de normas, mencionando-se, de passagem, o exemplo dado com relação à “proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos” ou da “inalterabilidade do caso julgado”.⁹² Porém, estas não são suficientes, eis que “mesmo os ordenamentos de *civil law*, especialmente aqueles que dão ênfase ao controle difuso de constitucionalidade, não podem dispensar o esquema dos precedentes vinculantes para garantir a segurança jurídica e dar tutela à confiança”.

Por fim, não é demasiado lembrar que Luiz Guilherme Marinoni filia-se à corrente doutrinária pela qual, apesar de a omissão do legislador em referir-se aos “precedentes” ser criticável, até mesmo como falta de tutela da segurança jurídica, a sistemática de precedentes obrigatórios teria, de todo modo, relevo constitucional, pelo papel que se confere na Carta Magna aos Tribunais Superiores de uniformizar a interpretação da lei federal e afirmar o sentido da Constituição Federal.⁹³

Veja-se que, apesar destes apontamentos, não se defende que a segurança jurídica e a tutela da confiança tenham por finalidade assegurar a imutabilidade das decisões judiciais. É que, em um contexto de marcante divergência jurisprudencial entre as Cortes inferiores e os Tribunais Superiores e no bojo dos próprios tribunais isoladamente analisados, afigura-se imperativo relembrar as razões pelas quais há um sistema de força dos precedentes e da jurisprudência.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 100-101.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 103.

⁹¹ *Ibidem*, p. 108.

⁹² CANOTILHO apud MARINONI, *op. cit.*, p. 109.

⁹³ MARINONI, **Precedentes**, *op. cit.*, p. 109.

É neste passo que se pode afirmar que a existência de decisões antagônicas ou contraditórias para casos semelhantes produz, em flagrante violação da isonomia, da confiabilidade e da segurança jurídica, a chamada “jurisprudência lotérica”, que está relacionada à decisão não com base na razão dos argumentos da parte, mas no órgão jurisdicional a quem foi atribuído a função de julgar.⁹⁴

Cabe recordar, na perspectiva do diálogo e da aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, que admite-se, cada vez mais, que o juiz daquele exerce, também, papel criativo, e não meramente interpretativo.⁹⁵ Contudo, é oportuna a lição de Teresa Arruda Alvim, para quem a liberdade que é conferida aos integrantes do Poder Judiciário, no exercício desta função, não se destina a permitir qualquer solução aos casos concretos, mas à promoção da igualdade na resolução dos litígios.⁹⁶

Aliás, estes aspectos encontram-se profundamente ligados ao abandono da noção de que a lei, por si só, tenha aptidão para assegurar a completude e estabilidade do ordenamento jurídico, especialmente em razão da necessidade de concretização dos direitos fundamentais, atribuição de sentido às “cláusulas gerais” que aparecem na legislação⁹⁷ e da constitucionalização de todos os ramos do Direito.

Neste cenário, é possível notar o crescimento da importância da atividade jurisdicional, de modo que revela-se necessário a adoção de um sistema em que se tenha por foco a uniformidade da jurisprudência e, mais do que isso, a estrita observância a um sistema de precedentes vinculatórios. Cuida-se de parâmetros bem explicados com o posicionamento de doutrina que, assinala-se, defende a obrigatoriedade de todos os precedentes, nos seguintes termos:

Daí que a questão essencial está em perceber a razão pela qual o precedente ganhou autoridade no nosso Direito. E a resposta é de fácil compreensão: desde o momento em que se percebeu que a interpretação

⁹⁴ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos tribunais**, v. 786, abr./2001, p. 108-128.

⁹⁵ Reconduz-se, neste ponto, aos ensinamentos de Mauro Cappelletti, já mencionados no subcapítulo anterior.

⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In: **Revista de processo online**. p. 11-12. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 26.07.2018.

⁹⁷ “Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. Tome-se como exemplo a noção de ordem pública, de bom costume, de solidariedade” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27).

do Direito não é simplesmente declaratória – descritiva – de uma norma legal preexistente, sendo reconstrutiva – adscritiva – de sentidos possíveis que podem ser reconduzidos aos textos jurídicos, tornou-se inescapável o reconhecimento de que as razões extraídas de determinadas decisões judiciais constituem precedentes obrigatórios, na medida em que incrementam a ordem jurídica, oferecendo dados novos de concentração do significado normativo. Isso evidencia que os precedentes não existem apenas para solucionar casos em que se percebem lacunas na ordem jurídica e casos que evidenciam antinomias (campo normalmente chamado de interpretação integrativa). Os precedentes cobrem não só o campo da interpretação integrativa, mas também o da interpretação em geral – se de um modo geral os textos jurídicos são equívocos e as normas são vagas (daí a dupla indeterminação do direito), então é forçoso reconhecer que todo e qualquer ato interpretativo enfrenta problemas de equivocidade. O precedente judicial, nessa dimensão, afasta-se do debate tradicional do mundo da Common Law, na medida em que esses eram vistos como a “prova” da existência do Common Law, sendo os juízes os seus “oráculos”. O precedente judicial em um sistema que conta com legislação consubstancia-se no símbolo maior da colaboração entre o legislativo e o judiciário para a promoção do império do Direito – o legislador oferece textos ao juiz, que reconhece os seus significados possíveis, valorá-los argumentativamente e escolhe um desses significados para adscrever ao texto e reconstruir a norma. Daí a razão pela qual a distinção entre precedentes persuasivos e precedentes obrigatórios, conhecida no mundo do Common Law, rigorosamente não interessa para o direito brasileiro – dadas as suas condições de aparecimento, todos os precedentes são obrigatórios.⁹⁸

Estes fatores perspassam, logicamente, pela integridade e coerência com relação às normas jurídicas e às decisões tomadas pela própria Corte ou por aquelas que se situam, hierarquicamente, em posição superior, quer pela hierarquia ou pela força da espécie de decisão que produzem, quando no exercício das funções de controle de constitucionalidade ou unificação do direito federal. Não bastasse, há que se pensar na estabilidade - aqui tida em acepção temporal - e que não significa, de modo algum, absoluta imutabilidade das escolhas jurídicas, mas o dever de observar a responsabilidade decisória nas três dimensões do período cronológico.

Para além dos elementos trazidos até aqui, aponta-se que outros princípios e objetivos do ordenamento jurídico podem ser atrelados à formação da observância dos precedentes. Cita-se, então, que parcela da doutrina refere que a busca pela economia e eficiência processual são razões para a adoção do *stare decisis*, na medida em que esta sistemática evita a reprodução de demandas irracionais pela

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 153.

facilitação de prolação de decisões e imposição de deveres aos demandantes, o que contribuiria à administração da justiça.⁹⁹

Destaca-se que, a despeito da fundamentalidade da apreensão da função desempenhada pelos magistrados por estes paradigmas, esta não é suficiente para a estabilidade da ordem jurídica. Na realidade, é de suma importância a atuação conjunta dos demais operadores do Direito, em rumos acadêmicos ou na prática forense, em prol do atingimento das finalidades colocadas pela nova ordem normativa.

O assunto é plenamente desenvolvido por Aurélio Viana e Dierle Nunes, os quais ressaltam-se, numa acepção crítica da força dos precedentes apenas pela autoridade emanada das Cortes Superiores – sem que isso signifique, contudo, negativa da existência de um sistema de precedentes brasileiro, como já abordado em outro momento deste trabalho -, propõem a aplicação da teoria da participação, nos moldes da qual o sistema legislativo deve proporcionar ambiente para a discussão intersubjetiva entre os sujeitos que compõem a relação processual, previamente ou posteriormente à formação da decisão, com o intuito de, resumidamente, fomentar o debate, plenificar as garantias constitucionais do contraditório e permitir o exercício de fiscalização dos órgãos estatais.¹⁰⁰

Não há que se falar, portanto, em protagonismo judicial ou das partes, mas na “construção da norma do caso concreto num ambiente efetivamente policêntrico”.¹⁰¹ É por este motivo que os autores asseveram que o papel do advogado, diante da complexidade sistêmica gerada pela importação de técnicas e institutos de outros sistemas e da construção de um sistema de direito jurisprudencial, é o aprimoramento técnico a fim de bem desenvolver técnicas necessárias à dialeticidade do processo.¹⁰²

É de se dizer, no mais, que o dever de cooperação imposto pelo mais recente Código de Processo Civil¹⁰³ opera, de igual forma, como um dos vetores da aplicação da sistemática de precedentes. Trata-se, na perspectiva da democratização das relações processuais, de uma forma de contrabalanceamento dos poderes atribuídos ao juiz, impondo-se a participação efetiva de todos na

⁹⁹ MACEDO, op. cit., p. 168.

¹⁰⁰ VIANA; NUNES, op. cit., p. 329-330.

¹⁰¹ VIANA; NUNES, op. cit., p. 331-332.

¹⁰² Ibidem, p. 337-373.

¹⁰³ Extrai-se da redação do art. 6:º que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

formação de decisão justa.¹⁰⁴ Daí adviria, então, ao magistrado, o dever de fundamentar suas decisões e às partes, de outro lado, a construção desta, que possibilitará, no futuro, a legitimidade do pronunciamento judicial, criador de norma, porque proferido sob a égide do contraditório, além da adequada extração da sua *ratio decidendi*.¹⁰⁵

Com esta exposição geral, verifica-se a complexidade dos fundamentos da ordem jurídica que, lidos a partir da resignificação da atividade jurisdicional, culminam na percepção da existência e da força de uma sistemática de precedentes vinculantes, ensejadora da premente necessidade de que os operadores do Direito busquem, em seu âmbito, a uniformidade da jurisprudência.

A compreensão, ainda que em linhas gerais, destes objetivos, teve por finalidade possibilitar o estudo das técnicas interpretativas próprias à resolução de conflitos que partem dos precedentes e, posteriormente, das suas consequências para a modulação de efeitos na superação destes.

2.3 A DINAMICIDADE NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES, A TÉCNICA DO *OVERRULING* E OS SEUS EFEITOS

A construção do *stare decisis* brasileiro, partindo-se da necessária resignificação de determinados conceitos à luz da realidade pátria, e a gradual formação de uma sistemática de vinculação aos precedentes, não pressupõem a rigidez ou solidificação das relações de Direito. Do contrário, o que se pretende demonstrar, neste momento da pesquisa, é que existe, subjacente à esta sistemática, a concreta dinamicidade e remodelação constante das normas jurídicas.

Para a apresentação do tema de forma comparativa, relacionando-o ao estudos dos precedentes nos países de *commom law*, infere-se da doutrina norte-americana que, apesar de as Cortes obrigarem-se, pela natureza dos precedentes naquela espécie de ordenamento, a segui-los, nada as impede de, havendo razões que o justifiquem, valer-se destas para deixar de aplicá-los ao caso atual ou até

¹⁰⁴ DE MACEDO, Lucas Buri; PEREIRA, Mateus Costa; DE MEDEIROS PEIXOTO, Ravi. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. 2012.. **Civil Procedure Review**. p. 130. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=87&embedded=true>. Acesso em: 28.07.2018.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 137-138.

mesmo superá-los¹⁰⁶. É que, nesta esteira, o *stare decisis* é caracterizado pela flexibilidade, que possibilita a resposta aos estímulos sociais de mudança.¹⁰⁷

Por aqui, tem-se a concepção segundo a qual se, de um lado, o aplicador da norma tem o dever de observar a decisão pretérita, é igualmente formadora do ideal da doutrina dos precedentes a abertura desta rigidez, com o intuito de possibilitar que o juiz, verificando a ausência de similitude fática entre o caso anterior e aquele que deve resolver, deixe de aplicá-lo, desde que forneça razões sólidas para tanto¹⁰⁸. É dizer, a existência de um sistema vinculativo não significa “imutabilidade perpétua”.¹⁰⁹

Em vislumbre do quadro geral, ou seja, na análise conjuntural das características dos sistemas de países integrantes das famílias do *common law* e do *civil law*, a já mencionada aproximação entre estas modalidades leva a crer pela existência de uma grande similaridade, que consiste, precisamente, em admitir a evolução das normas jurídicas, tanto pela via legislativa quanto judicialmente.¹¹⁰

A partir deste parâmetro, visualiza-se que algumas técnicas são utilizadas no bojo de um sistema de precedentes para que a aplicação de decisões anteriores não signifique, em absoluto, rigidez dos julgados ou injustiça. A primeira delas é a distinção, que, na definição de Ravi Peixoto, é “uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos a ponto de se afastar a aplicação de precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado”.¹¹¹

Por certo, a demonstração da existência de diferença que justifique o afastamento do precedente como norma aplicável ao caso não é tarefa das mais fáceis, residindo aí o desafio na aplicação desta técnica. Por isso, bem relembra o autor que caberá, àquele que desejar, categorizar da maneira correta os fatos relevantes ao caso atual e diferenciá-los daqueles que embasaram o precedente,¹¹² que é a razão pela qual, inclusive, o desenvolvimento desta argumentação contribui para a adequada identificação da *ratio decidendi* da decisão tida por paradigma.¹¹³

¹⁰⁶ SCHAUER, op. cit., p. 4.

¹⁰⁷ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

¹⁰⁸ ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In: MARINONI, **A força...**, op. cit., p. 83-106.

¹⁰⁹ SOUZA, op. cit., p. 284.

¹¹⁰ MACCORMICK; SUMMERS, Versão eletrônica não paginada.

¹¹¹ PEIXOTO, op. cit., p. 187.

¹¹² Idem.

¹¹³ Ibidem, p. 191.

O método de distinção entre os casos, vale dizer, é usual na *commom law* - em que recebe o nome de “*distinguishing*”, - posto que trata-se de um sistema em que os juízes estão habituados a fundamentar suas decisões com base em razões fáticas, ao passo em que, nos países sob a égide da *civil law*, busca-se amparo legal para a tomada de decisões.¹¹⁴ Por este motivo, afigura-se necessário que, na formação do *stare decisis* em ordens normativas desta espécie, maior relevância seja atribuída aos fatos para adequadamente diferenciá-los ou não, com relação às decisões pretéritas.

É neste contexto que infere-se que o Código de Processo Civil em vigor trouxe avanços, eis que bem situou o dever de o magistrado, em qualquer instância, aplicar a súmula, precedente ou entendimento jurisprudencial suscitado ou, se não o fizer, justificá-lo com a demonstração da existência de distinção ou da superação, sob pena de considerar-se não fundamentada a decisão.¹¹⁵

É necessário recordar que a devida atenção aos fatos aparece, também, como fator determinante para a aplicação das súmulas. Entretanto, aqui cabe o apontamento de que a súmula não consiste, propriamente, um precedente, eis que tem natureza de enunciado que evidencia um padrão decisório de um Tribunal.¹¹⁶ Trata-se, na realidade, da redução de um precedente, de modo que a aplicação da súmula não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre a subsunção do caso sucessivo a uma regra geral,¹¹⁷ por ela anunciada.

A próxima técnica de aplicação dos precedentes, que também permite a flexibilização da ordem jurídica, é essencial para a compreensão da modulação dos efeitos, que será estudada na sequência. Trata-se da superação de entendimento, também chamada, em países de língua inglesa, de “*overruling*”. O seu conceito consiste, para Frederick Schauer, na faculdade de os Tribunais revogarem seus próprios precedentes, rejeitando a regra posta em caso anterior, diversamente do que ocorreria se estivessem analisando precedente emanado de Corte Superior¹¹⁸,

¹¹⁴ MACEDO, **Precedentes**, op. cit., p. 263.

¹¹⁵ Veja-se o que diz o artigo 489, § 1º, IV: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

¹¹⁶ SOUZA, op. cit., p. 270.

¹¹⁷ MARANHÃO, Clayton Albuquerque de. **Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro**. In: ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2017. p. 1257 et. seq.

¹¹⁸ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. London: Harvard University Press, 2009. p. 59.

quando seriam obrigados a respeitá-lo. Ainda colhendo-se da doutrina produzida no *commom law*, sugere-se, mesmo que de maneira admitidamente insuficiente, que para a superação do precedente, os Tribunais poderiam partir da concepção de que a decisão anterior estava errada ou que, em decorrência de eventos subsequentes, tornou-se inadequada à ordem social.¹¹⁹

É importante pontuar, contudo, que a possibilidade de superação do precedente é deveras recente na comunidade britânica, eis que a House of Lords, hoje denominada de Supreme Court of the United Kingdom, não admitia, até 1966, abertura à força vinculativa de seus julgados. Foi apenas com a edição do “*Practise Statement*,” naquele mesmo ano, que considerou-se que a aderência rígida ao precedente poderia gerar injustiças no caso concreto, além de obstaculizar o desenvolvimento do Direito, de modo que se propôs, então, que a regra fosse seguir o precedente, mas apenas quando este fosse considerado, de fato, correto.¹²⁰

Por seu turno, Margaret Kniffen, ao comentar sobre a evolução do *stare decisis* nos Estados Unidos, aduziu que, atualmente, o ideal de que há possibilidade de desenvolvimento e melhoria na aplicação do Direito pela superação de precedentes é bem aceito, em razão da flexibilidade que isto permite.¹²¹ A partir daí, a autora realiza questionamentos acerca da possibilidade de as Cortes de Apelação deixarem de seguir precedentes de Cortes Superiores, por entenderem-nos revogados (“*anticipatory overruling*”), o que será examinado oportunamente.

Melvin Einsenberg fornece parâmetros especiais para a modificação da norma extraível de um precedente: deve haver, para a sua superação, ausência de congruência social ou incoerência sistêmica, ao passo em que os valores que poderiam, em tese, justificar a sua preservação, a exemplo da estabilidade,

¹¹⁹ SHAPIRO, David L. The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection. **Texas Law Review**. v. 86. Abr./2008. p. 943. Versão eletrônica disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1108440>>. Acesso em: 29.07.2018.

¹²⁰ “Their lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so”. **Practise Statement: Judicial Precedent**. Disponível em: <<https://swarb.co.uk/practise-statement-judicial-precedent-hl-1966/>>. Acesso em 30.07.2018.

¹²¹ KNIFFEN, Margaret. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. **Fordham Law Review**. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2/>>. Acesso em: 30.07.2018.

confiança legítima, isonomia ou vedação da surpresa injusta, não estão presentes.¹²² Ao explorar estes critérios, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do *commom law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração ou revogação de um precedente. É possível dizer que as proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais. (...) De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões. Isso ocorre quando a Corte decide mediante distinções inconsistentes, chegando a resultados compatíveis com o do precedente, mas fundados em proposições sociais incongruentes.¹²³

Entretanto, é pertinente destacar que, apesar da possibilidade de distinção ou alteração do entendimento, estas técnicas não devem ser utilizadas de maneira desconexa com a responsabilidade decisória ou em virtude de posicionamentos pessoais do órgão jurisdicional. Neste ponto, é interessante lembrar que o *stare decisis*, pela sua própria natureza, privilegia a estabilidade e a segurança jurídica das relações pessoais, de modo que há que se levar em consideração, via de regra, a decisão pretérita, cabendo o seu afastamento apenas de maneira excepcional.

Nesse mesmo sentido, colhe-se das lições de Lucas Buril de Macedo, que bem ressalta a devida observância ao procedimento para superação:

A concepção de que os juízes subsequentes precisam seguir os precedentes, a despeito da análise valorativa que possam fazer da norma nele contida, é essencial, pois é exatamente isso que diferencia o dever de seguir precedentes de uma mera prática. A possibilidade de superar livremente ou facilmente precedentes é justamente o que se pretende evitar, dando maior segurança e racionalidade para o Direito (...). os precedentes obrigatórios precisam ser modificados mediante o procedimento estabelecido para tanto, garantindo aos jurisdicionados a cognoscibilidade das normas jurídicas que determinam seus deveres e direitos, e evitando a insegurança jurídica proveniente de mudanças abruptas e infundadas das normas jurídicas, o constante ziguezague jurisprudencial, ou a aplicação de normas jurídicas diferentes para pessoas na mesma situação. O *stare decisis* preocupa-se tanto em fornecer segurança na permanência do Direito, tornando-a mais difícil de ser superada, como também racionalidade

¹²² EISENBERG, Melvin. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 104 et. seq.

¹²³ MARINONI, **Precedentes**, op. cit., p. 253-254.

na mudança, estabelecendo um procedimento argumentativo com requisitos definidos.¹²⁴

Registra-se que a superação do entendimento diverge da simples distinção do caso concreto porque, naquela, há definitiva exclusão do precedente da ordem jurisprudencial,¹²⁵ pela sua inadequação à regência das relações atuais. É dizer, a decisão – ou o entendimento consolidado em um conjunto delas, melhor relacionado à “jurisprudência” – não poderá mais servir ao aplicador do Direito como parâmetro para a argumentação ou solução de qualquer litígio, seja porque foi considerada, pela mesma Corte que a proferiu, incorreta, ou porque reconheceu-se que é integrada por padrões que a tornam incoerente com o restante do ordenamento jurídico.

Destarte, evidencia-se que o ônus da fundamentação para a realização da superação não poderá ser adstrito aos fatos. Trata-se de situação que exige maior cautela, impondo-se a demonstração de que a *ratio decidendi* extraível do precedente não poderá mais prevalecer, o que implica dizer que “a superação de precedentes não deve ser baseada somente na mudança da opinião dos julgadores ou na consideração de que uma decisão anterior estaria incorreta”.¹²⁶ De outro lado, considerando-se a singularidade da ocasião, o julgador que pretender a superação deverá “demonstrar que a necessidade de mudança supera a necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico e a imposição de tratamento igual para casos semelhantes”.¹²⁷

Em prosseguimento, nota-se que, até o momento, falou-se na superação de entendimento pela própria Corte. Por isso, revela-se necessário tecer alguns comentários sobre o comportamento dos Tribunais inferiores frente à modificação de entendimento nas denominadas “Cortes de Vértice”, ou seja, para o sistema brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

De plano, é imperioso reforçar que a decisão proferida pelos Tribunais Superiores não se limita aos litigantes daquele caso, mas produzem efeitos na

¹²⁴ MACEDO, Precedentes, op. cit., p. 285.

¹²⁵ Também nesse sentido, é a explicação de Neil Duxbury, para quem a superação consiste em rechaçamento da *ratio* de um precedente ou, no original: “Overruling, like distinguishing, changes a common law ruling established by a precedent. By comparison, however, it is a bolder and more explicit act of law-making: whereas distinguishing a precedent means modifying its ratio, overruling means repealing it”. (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge, 2008. p. 27).

¹²⁶ PEIXOTO, op. cit., p. 176.

¹²⁷ Ibidem, p. 179.

ordem jurídica como um todo, razão pela qual daí se extrai sua feição de criação do Direito¹²⁸. Por este motivo, diz-se que o Superior Tribunal de Justiça, por definir a interpretação da lei federal, atribuindo-lhe sentido e unidade¹²⁹, ocupa posição de vértice, porque detém a “última palavra”, no que concerne às suas atribuições¹³⁰. O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, pronuncia-se, em definitivo, sobre as questões atinentes às matérias constitucionais, pelo que amolda-se à função de “outorgar uma interpretação retrospectiva e dar unidade ao Direito”.¹³¹

As Cortes de Justiça, por outro lado, desempenham o papel de “exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência”.¹³² É aqui que se inserem, em nosso modelo organizacional e estrutura da Justiça comum, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Em decorrência disso, verifica-se que, ao partir-se da premissa de que os julgados emanados das Cortes Supremas ou, ao menos, alguns deles, têm força vinculante¹³³, diante da sua natureza de conferir unidade ao direito, os tribunais de instâncias inferiores deverão, logicamente, seguir estas decisões, sob pena de malferir a coerência e integridade das bases normativas.

Isso não significa, porém, que a discordância com o posicionamento da Corte Superior não possa ser manifestada. Na realidade, a “opinião dissidente” exerce a incumbência de realizar crítica e pode, eventualmente, contribuir na superação de precedente¹³⁴ que seja, de fato, inadequado. Mostra-se oportuna, contudo, a adoção de cautela para que, na atividade jurisdicional de revisão, não se antecipe à competência dos Tribunais Superiores, o que não impede que pronunciamentos judiciais das Cortes de cassação, após constatados pelas Cortes de Vértice com frequência tão razoável quanto o necessário para denotar o desgaste de determinado entendimento,¹³⁵ influenciem na tomada de suas decisões.

De todo modo, como regra geral, pode-se afirmar que apenas o Tribunal que formou o precedente pode afastar-se dele com a utilização da técnica de superação,

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: RT, 2017. p. 152.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Ibidem, p. 153.

¹³¹ MITIDIERO, op. cit., p. 75.

¹³² Idem.

¹³³ Recordar-se, aqui, que o posicionamento de que somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça produzem precedentes ou que estes gozam de autoridade apenas pela sua origem não é unânime nos trabalhos forenses.

¹³⁴ MARINONI, **O STJ**..., op. cit.,

¹³⁵ MACEDO, **Precedentes**..., op. cit., p. 298.

sendo descabido deixar de aplicá-lo, em instância inferior, em virtude de simples dissonância com o posicionamento que predomina na Corte superior.¹³⁶

Lançadas estas ponderações sobre a técnica do *overruling*, impende examinar mais detidamente os efeitos que a superação do entendimento produz na ordem jurídica e, principalmente, na confiabilidade das relações.

Se o precedente é revogado porque não corresponde mais aos padrões de coerência sistêmica e congruência social ou, como bem colocado em acórdão do Supremo Tribunal Federal,¹³⁷ operaram-se “significativas modificações de ordem jurídica, social e econômica”, com a “superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes”¹³⁸ diz-se que houve uma alteração gradual destes padrões, de modo que a confiança depositada no paradigma já se encontrava, de todo modo, fragilizada. Em situações como esta, é razoável presumir que, em virtude de críticas doutrinárias - ou mesmo em pronunciamentos judiciais -, direcionadas ao precedente, a superação não constitui surpresa.

Em outros casos, no entanto, é possível que a abrupta mudança de entendimento pelo Tribunal abale o rumo de situações jurídicas consolidadas ou até mesmo os efeitos por elas já produzidos. É o momento de indagar, portanto, quanto à possibilidade de proceder à superação prospectiva (“*prospective overruling*”), ou seja, por definição, a limitação dos efeitos da decisão para casos futuros, excluindo-se do seu âmbito de aplicação as situações consolidadas com base na confiança legítima que se tinha, até então, no entendimento anterior.¹³⁹

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 652469, colocou-se de maneira favorável à esta modalidade de “ruptura de paradigma”, pelo que determinou-se que, em atenção aos princípios da segurança jurídica, boa-fé objetiva e proteção da confiança, o novo entendimento não incidiria sobre situações formadas sob a égide da diretriz mais favorável.¹⁴⁰

¹³⁶ MITIDIERO, op. cit., p. 104.

¹³⁷ STF, ADI 4071, Rel. Min. Menezes Direito, julgado em 22/04/2009, publicado em 16/10/2009.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Limits of judicial law making and prospective overruling. **The Modern Law Review**. Disponível em <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2230.1966.tb02262.x>>. Acesso em: 19.08.2018.

¹⁴⁰ STF, **ARE 652469 AgR**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-024 DIVULG 08-02-2018 PUBLIC 09-02-2018.

É certo, pois, que a aplicação da norma ao caso concreto tem sempre eficácia retroativa, por alcançar fatos ocorridos antes do comando judicial¹⁴¹. Contudo, o órgão jurisdicional que profere decisão em meio a um sistema em que a jurisprudência é considerada fonte de direito deve proceder com cautela ao realizar modificação de entendimento, tendo em vista que a norma extraível de decisões anteriores criou confiança justificada nos jurisdicionados,¹⁴² levando-os, por vezes, à tomada de medidas e formação de negócios jurídicos pautados pelo precedente.¹⁴³

Destaca-se, diante destas colocações, que não apenas a jurisprudência – aqui, vista como conjunto de decisões –, mas também uma decisão isolada conta com aptidão para gerar confiança legítima, especialmente se emanada de Tribunal Superior que tenha na unificação do Direito a sua função.¹⁴⁴ É neste cenário que o resguardo às situações consolidadas deve ser pensado, de modo que, se há previsão de que a lei não pode retroagir para prejudicar direitos adquiridos ou ato jurídico perfeito,¹⁴⁵ o mesmo raciocínio deve ser estendido às decisões judiciais.¹⁴⁶

De igual forma, a alteração do entendimento não terá efeito, a rigor, sobre a coisa julgada.¹⁴⁷ Nesta linha, Elpídio Donizetti adverte que, embora a revogação do precedente produza efeitos sobre relações jurídicas já firmadas, assim o será apenas quando estas ainda estiverem pendentes de decisão judicial, ou seja, a retroatividade plena não valerá para os processos findos, diante da imutabilidade da coisa julgada.¹⁴⁸

A análise da possibilidade de restrição dos efeitos da superação para o futuro está atrelada, também, ao papel dos juízes em um dado sistema jurídico. Partindo-se da premissa de que a atividade jurisdicional não é meramente declaratória, mas criadora de norma, torna-se possível vislumbrar uma situação em

¹⁴¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 330.

¹⁴² SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação de precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). Procedimento comum. v. 2. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 1034 (páginas do artigo: 1007 a 1038).

¹⁴³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio e NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manoele, 2009, p. 6.

¹⁴⁴ LUCCA, op. cit., p. 355.

¹⁴⁵ Estabelece o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁴⁶ LUCCA, op. cit., p. 366.

¹⁴⁷ MITIDIERO, op. cit., p. 108.

¹⁴⁸ DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>. Acesso em: 11/08/2018.

que a legislação permanece a mesma, mas o contexto social alterou-se de maneira a não permitir mais a interpretação que lhe fora conferida no precedente. Nesta hipótese, caberá ao Juiz proferir decisão de superação, mas manter os efeitos já gerados pela antiga orientação, que não era propriamente errada.¹⁴⁹

Em retomada geral, nota-se que a superação de entendimento perpassa por um atento exame comparativo das razões que levam à sua permanência, a exemplo da tutela da confiança legítima, com aquelas que militam em favor do afastamento do precedente. Em alguns casos, ainda que a superação possa ser recomendada, a atribuição de efeitos prospectivos poderá salvaguardar situações jurídicas já consolidadas, revelando-se em técnica de fundamental compreensão para a construção de uma sistemática de *stare decisis*.

É neste cenário que uma das modificações legislativas merece destaque. O atual Código de Processo Civil faz menção à superação de precedente, de forma inovadora, ao dispor que a alteração de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos ou contida em enunciado de súmula poderá ser precedida de audiências públicas e contará com a participação de pessoas, órgãos e entidades interessadas, que possam contribuir para a rediscussão.¹⁵⁰

Neste íterim, recorda-se que o dever de cooperação impõe aos operadores do Direito que atuem conjuntamente na formação do precedente¹⁵¹, ao passo em que, aos magistrados, especificamente, destina-se o ônus da fundamentação completa e qualificada¹⁵². Assim, o diploma normativo também remete à necessidade de fundamentação específica para a alteração de entendimento, com a determinação de que as circunstâncias que levam à superação devem ser sopesadas com os fundamentos de proteção à confiança, isonomia e segurança jurídica.¹⁵³

Com estes apontamentos, buscou-se melhor compreender o que é a superação de precedente e a possibilidade de que esta gere efeitos prospectivos.

¹⁴⁹ PEIXOTO, op. cit., p. 220.

¹⁵⁰ Diz o art. 927, § 2º: “A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

¹⁵¹ MACEDO; PEIXOTO; PEDROSO, op. cit., p. 146.

¹⁵² PEIXOTO, op. cit., p. 183.

¹⁵³ Art. 927, § 4º: “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Optou-se pela análise do tema neste ponto por se tratar de antecedente necessário à abordagem do tema da modulação de efeitos propriamente dita, instituída no § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015.

3 A MODULAÇÃO DE EFEITOS NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE

Neste capítulo da pesquisa, pretende-se demonstrar de que maneira a modulação da eficácia temporal das decisões passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, revela-se necessária uma breve abordagem histórica que sobre as discussões travadas em países que adotam o sistema da *commom law*.

Em seguida, procede-se à análise da aceitação da modulação em outros sistemas para, por fim, chegar às alterações promovidas no rito da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil, precursoras da utilização da modulação. Realiza-se, então, uma abordagem histórica para traçar a linha cronológica que permitiu, eventualmente, a modulação de efeitos de decisões diversas do controle concentrado de constitucionalidade. Em um segundo momento, torna-se de fundamental importância a compreensão do significado dos termos “segurança jurídica” e “interesse social”, que, como será visto, tradicionalmente acompanham as autorizações legislativas para a realização da modulação de efeitos.

Por fim, após a compreensão do significado da modulação dos efeitos e das hipóteses que a autorizam, procede-se ao estudo de modalidades diversas para a sua realização, com a sinalização de algumas técnicas identificadas pela doutrina.

3.1 ABORDAGEM HISTÓRICA DA MODULAÇÃO DE EFEITOS

Nos países vinculados ao sistema da *commom law*, as decisões que alteram precedente possuem, a rigor, eficácia retroativa, como visto no item anterior deste trabalho. É dizer, valerão para todos os casos pretéritos que ainda não tenham sido julgados – recordando-se, aqui, sobre a intangibilidade da coisa julgada – e para aqueles que sequer ingressaram na seara de atuação do Poder Judiciário.¹⁵⁴

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficácia temporal da revogação do precedente formado em recurso extraordinário.** Disponível em:

Esta regra é questionada pela doutrina e jurisprudência norte-americana, contudo, ao menos desde o caso *Linkletter x Walker*. Ali, assentou-se que o novo entendimento não é sempre dotado de eficácia retroativa, sendo devida a análise das relações e condutas individuais pautadas no precedente, assim como da legislação, políticas públicas e dos próprios direitos que revolvem a questão¹⁵⁵. Também nesta decisão, três fatores foram apontados como relevantes para decidir se é o caso de conferir efeitos prospectivos, quais sejam, se a modulação serve aos propósitos da nova norma,¹⁵⁶ o quanto as partes confiavam na antiga norma e quais efeitos seriam produzidos com a sua aplicação de maneira retroativa.¹⁵⁷

A modulação de efeitos não é uma técnica inédita em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que já é utilizada, há muito, nas ações diretas de inconstitucionalidade. O fundamento legal para tanto localiza-se no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999,¹⁵⁸ valendo dizer, por ora, que a redação deste guarda estrita semelhança com aquela acolhida pelo mais recente Código de Processo Civil.

Em período anterior à modificação legislativa que passou a prever explicitamente a modulação dos efeitos, era possível afirmar que as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade eram dotadas de efeito retroativo, em qualquer situação. Esta perspectiva está atrelada com o ideal de que o pronunciamento acerca da incompatibilidade da norma com a Constituição tem natureza declaratória, o que significaria que devem ser afastados todos os efeitos que produziu, desde a sua entrada em vigor.¹⁵⁹

<http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0783_0812.pdf>. Acesso em: 20.08.2018.

¹⁵⁵UNITED STATES SUPREME COURT. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/381/618.html>>. Acesso em: 20.08.2018.

¹⁵⁶ Tradução livre do termo “rule”, que significa, contextualmente, a norma advinda da decisão.

¹⁵⁷ ROOSEVELT, Kermitt. A retroactivity retrospective, with thoughts for the future. *California Law Review*, v. 95, 2007, p. 1683. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/krooseve/workingpapers/b95CalLRev1677\(2007\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/krooseve/workingpapers/b95CalLRev1677(2007).pdf)>.

Acesso em: 24.08.2018.

¹⁵⁸ Também conhecida por Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o normativo prevê que “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”.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521>. Acesso em: 22 de set 2018.

As diferentes concepções deste fenômeno – a retroatividade da decisão em que se pronuncia a inconstitucionalidade - em sistemas jurídicos diversos, é bem sintetizada por Mauro Cappeletti:

Admitamos então, a hipótese de que a norma jurídica fosse inconstitucional: neste caso, no sistema norte-americano (segundo a interpretação jurisprudencial tradicional) e, igualmente hoje, nos sistemas italiano e alemão, esta norma jurídica, justamente porque inconstitucional, era ineficaz mesmo antes que a inconstitucionalidade fosse declarada em sede de *judicial review*; ela era, pois, ineficaz também em relação aos fatos verificados antes do controle judicial de inconstitucionalidade. No sistema austríaco, ao invés, a norma inconstitucional, repito, é considerada perfeitamente válida e eficaz até o momento em que for publicado, sem força retroativa (...)¹⁶⁰

No plano jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal sobrepôs-se a estes ideais em caso emblemático, em que se discutia a constitucionalidade da lei que criara o município de Luís Eduardo Magalhães. Excepcionalmente, o Tribunal deixou de atribuir efeitos *ex tunc* ao julgamento em que concluiu-se pela inconstitucionalidade da lei que criara o ente federativo. Isso porque, como bem explicado no voto condutor, considerou-se que o município fora efetivamente criado e existia há seis anos, período durante o qual atuara de maneira autônoma.¹⁶¹

Dentre os atos produzidos em decorrência disso, o Ministro Relator destacou a criação de leis municipais, a eleição de membros do Poder Executivo e Legislativo, a arrecadação de tributos de sua competência, registros de nascimentos e óbitos e prestação de serviços públicos. Ponderou-se, então, que o princípio da segurança jurídica, relacionado à preservação de situações jurídicas consolidadas, militava em favor da permanência do Município¹⁶². A princípio, concluiu-se pela improcedência da ação, mas, após pedido de vistas, os julgadores optaram, conforme consta da ementa¹⁶³, pela declaração de inconstitucionalidade da lei estadual, sem a pronúncia de sua nulidade pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

¹⁶⁰ CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 121.

¹⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, ADI 2240/BA, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/2007, Dje 03/07/2007.

¹⁶² É o que se extrai do corpo do acórdão, principalmente das páginas 10 a 12.

¹⁶³ Por oportuno, recorta-se apenas um trecho desta: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO

Em outra ocasião, a Corte Superior manifestou-se pela necessidade de modular os efeitos ao declarar a inconstitucionalidade de dispositivos legais de lei do Estado de Minas Gerais, que disciplinavam a forma de investidura no recém-criado cargo de Defensor Público, permitindo que esta se desse sem concurso público. O Tribunal obtemperou que a transposição de servidores ocupantes de cargos diversos não poderia ser admitida, em razão do malferimento da regra de que todo cargo público deve ser provido por concurso, em atenção ao princípio da isonomia¹⁶⁴. Assentou-se, contudo, que a repentina desconstituição dos atos de nomeação, com o consequente afastamento dos Defensores Públicos de seus postos, prejudicaria a continuidade da assistência jurídica prestada à comunidade, de forma que o pronunciamento somente passaria a valer após o transcurso de prazo razoável para a reestruturação administrativa e realização do concurso público.¹⁶⁵

A par desta decisão, ao comentar sobre o assunto, Daniel Sarmento explicou, à época em que a possibilidade de modulação dos efeitos surgiu, que apesar do efeitos retroativos da decisão que declara a inconstitucionalidade, como regra, alguns outros temperamentos já eram admitidos pelo Supremo Tribunal Federal, citando, por exemplo, a preservação de atos praticados por servidor público investido em decorrência de lei posteriormente declarada inconstitucional.¹⁶⁶ O autor

CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. (...) 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia. (ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279).

¹⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3819. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2007, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008.

¹⁶⁵ A discussão acerca das razões para a modulação pode ser localizada a partir da página 42 do acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>>. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

¹⁶⁶ SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, abr/jun., 1998. p. 27-40. p. 33-34.

também refletiu que o caso mais importante de restrição à retroatividade das decisões opera-se quando verificada a necessidade de respeito à coisa julgada.¹⁶⁷

Em 2006, outra relevante inovação promovida pelo legislador permitiu a modulação de efeitos, desta vez na edição de súmulas vinculantes. O artigo 4º da Lei nº 11.417/2006, que regulamentou a produção desta espécie pelo Supremo Tribunal Federal, introduziu a previsão de que a Corte, por manifestação de 2/3 (dois terços) de seus membros, poderia restringir os efeitos vinculantes ou fixar momento diverso para a produção do seus efeitos, quando razões de segurança jurídica e interesse social o justificassem.¹⁶⁸ Aqui, nota-se, sem prejuízo de análise mais aprofundada do tema em tópico específico, que a redação é idêntica àquela da lei que prevê o rito das ações diretas de inconstitucionalidade. O atual Código de Processo Civil, por sua vez, valeu-se dos mesmos critérios para permitir a modulação na superação.

Ainda que parte da doutrina veja com restrições a modulação de efeitos quando a questão atine à norma inconstitucional,¹⁶⁹ Ana Paula Ávila defende que deve haver ponderação entre valores de ordem constitucional, com especial relevo à segurança jurídica, e o princípio da nulidade das leis que são declaradas inconstitucionais, o que teria, por si só, fundamento na própria Constituição.¹⁷⁰ A partir dos ensinamentos da autora, afere-se que a situação do caso concreto é que será determinante para a utilização ou não da técnica da modulação, que não deve, por certo, ser a regra.

Neste caminhar, observa-se que a legislação brasileira mostrou-se cada vez mais aberta à possibilidade de modulação de efeitos. Contudo, apresentou-se, até o momento, hipóteses veiculadas ao controle de constitucionalidade e à edição de enunciados, que, embora sejam tratados com expressões linguísticas idênticas à modulação na superação de precedentes, divergem desta no seu fundamento, que

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Veja-se: “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”.

¹⁶⁹ Toma-se como exemplo a crítica realizada por Ivo Dantas e citada por Ravi Peixoto, no sentido de que valores cobrados indevidamente por conta de um tributo inconstitucional não seriam devolvidos (DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 634-637 apud PEIXOTO, op. cit. p. 229).

¹⁷⁰ ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 65-71.

é, no primeiro caso, a consolidação de determinadas situações em decorrência de norma inconstitucional e, no segundo, a confiança nos precedentes.¹⁷¹

O Superior Tribunal de Justiça, antes da vigência do atual Código de Processo Civil, chegou a manifestar-se no sentido de absoluta vedação à modulação de efeitos em decisões de natureza diversa do controle concentrado de constitucionalidade. Em decisão proferida em 2017,¹⁷² recordou-se o entendimento da Corte¹⁷³ no sentido de que, em rito diverso da ação direta de inconstitucionalidade, não haveria que se falar na aplicabilidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, eis que “é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a 'modulação temporal' de suas decisões”, donde se conclui que tal competência se limita ao STF”.¹⁷⁴

Aqui, aproveita-se a oportunidade para referenciar a discussão ocorrida no julgamento dos processos citados na decisão mais recente. Como bem explica Marinoni, tratava-se de um caso em que a Corte superou entendimento relativo ao direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491/69¹⁷⁵. Considerando-se que, até 2004, esta possibilidade era assegurada pela jurisprudência, haveria confiança legítima do contribuinte na jurisprudência¹⁷⁶.

É pertinente citar um trecho das valiosas contribuições argumentativas do Ministro Hermann Benjamim para a defesa da modulação dos efeitos nesta situação, ainda que esta proposta não tenha sido vencedora:

Tenho para mim que, também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da ‘sombra de juridicidade’, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos 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

¹⁷¹ MARINONI, Luis Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada nos Tribunais. **Rev. TST**, Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011.

¹⁷² REsp 1367361/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 14/06/2017.

¹⁷³ A referência é feita aos EREsps 738.689/PR e 767.527/PR, de Relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, e publicadas no DJU de 22/10/2007.

¹⁷⁴ Trecho extraído da ementa do Resp 1367361/CE.

¹⁷⁵ MARINONI, **Eficácia...**, op. cit.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 241.

pelos contribuintes sob a 'sombra de juridicidade' exige do Superior Tribunal de Justiça 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 ns. 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo e. Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso dos Vereadores [em que o Supremo Tribunal Federal limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade], parece evidente que eventual inexistência de lei federal prevendo expressamente a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial não impediria o e. Supremo Tribunal Federal de sopesar os efeitos de seu acórdão, por conta do imperativo da segurança jurídica. Da mesma forma, a inexistência de norma ordinária expressa que regule o assunto não tem o condão de impedir os Tribunais Superiores de adequarem sua atividade, ou o produto da ação jurisdicional, aos ditames da segurança jurídica. O e. Supremo Tribunal Federal adota esse entendimento, ao modular temporalmente os efeitos de suas decisões, mesmo em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, não abarcado expressamente pelo regime das Leis ns. 9.868 e 9.882, ambas de 1999.¹⁷⁷

Como se vê, ainda que o posicionamento pela impossibilidade de modulação dos efeitos tenha prevalecido¹⁷⁸, é possível identificar, nesse momento, a abertura de possibilidade para que, no futuro, a modulação pudesse ser aceita. Isso porque, a despeito da dominância do pensamento pela sua impossibilidade, não se vislumbrava, já naquela época, uniformidade entre os ideais de cada um dos julgadores que compunham a Corte Superior.

Com a alteração promovida pelo Código de Processo Civil de 2015, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar a técnica da modulação dos efeitos, agora com fundamento legal para tanto, qual seja, o § 3º do artigo 927 do diploma legislativo. A seguir, mencionam-se algumas decisões que seguem nesta esteira, começando-se pela mais recente delas, até a elaboração desta pesquisa.

Em 16 de agosto de 2018, a Corte de Vértice decidiu, em caso repetitivo (Tema 955: "Inclusão, nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria das horas extraordinárias habituais, incorporadas ao salário do

¹⁷⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1ª Seção, EDiv no REsp 738.689, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.10.07. Trecho extraído do voto-vista do Ministro Hermann Benjamin, págs. 38-39.

¹⁷⁸ O acórdão restou assim ementado: "TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. "MODULAÇÃO TEMPORAL" DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-lei 1.722/79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT). 2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a "modulação temporal" da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados. 3. Embargos de divergência improvidos".

participante de plano de previdência privada por decisão da justiça trabalhista”)¹⁷⁹ que nas ações ajuizadas até o julgamento seria admitida a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos dos benefícios provenientes de previdência complementares.¹⁸⁰

Fundamentou-se, para tanto, no dever de evitar prejuízos – ou seja, tutelar a segurança jurídica - àqueles que, previamente à alteração do entendimento, ajuizaram ações buscando que o entendimento antes consolidado fosse-lhes aplicado.

Também em sede de recurso repetitivo, desta vez tendo por objeto a discussão sobre o “o prazo prescricional de execução de sentença em caso de demora no fornecimento de documentação requerida ao ente público” (Tema 880),¹⁸¹ o Tribunal uniformizador optou por modular os efeitos, o que fez estabelecendo que, para as decisões transitadas em julgado sob a vigência do Código Processual de 2017, e que dependam do fornecimento de documentos para a formulação do pedido de execução da sentença, o prazo prescricional começaria a correr em 30 de junho de 2017, a fim de se evitar prejuízos causados àqueles que confiaram na interrupção do prazo prescricional ante a demora na entrega da documentação.

Outro relevante paradigma diz respeito ao fornecimento de medicamentos. Em sede de embargos de declaração, alterou-se a data a partir da qual a decisão teria efeitos, que foi fixada em conformidade com o momento da publicação do acórdão¹⁸².

Neste caso, fixou-se a tese que a concessão de medicamentos não incorporados à listagem do Sistema Único de Saúde (SUS) dependia da demonstração da presença concomitante de determinados requisitos, como a imprescindibilidade do uso do medicamento, a incapacidade financeira de arcar com os custos para a sua aquisição e o registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Porém, diante da existência de jurisprudência consolidada, em anos passados, de que era necessária apenas a demonstração da

¹⁷⁹ Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 23 de setembro de 2018.

¹⁸⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1312736/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2018, DJe 16/08/2018.

¹⁸¹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 23 de setembro de 2018.

¹⁸² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018.

imprescindibilidade do medicamento, definiu-se que a decisão seria aplicada apenas aos processos futuros, não incidindo sobre aqueles já ajuizados ao tempo da alteração do entendimento.

Diante destas colocações, verifica-se que o antigo posicionamento pela completa impossibilidade de realização da modulação dos efeitos, por Tribunal distinto do Supremo Tribunal Federal e em hipótese que não se amolda propriamente ao artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, encontra-se superado. A razão primordial para este fenômeno, por certo, perpassa pela existência de previsão legal que a autoriza. O Ministro Ricardo Villa Bôas Cueva, em voto-vista proferido no já mencionado Resp nº REsp 1312736, bem se colocou:

Assim, depreende-se que não só quando ocorrer alteração **de** jurisprudência dominante dos tribunais superiores pode ser aplicada, com parcimônia, ou seja, sem banalizações, tal técnica processual, mas também nos julgamentos envolvendo recurso repetitivo, condicionada, em quaisquer das situações, à necessidade **de** resguardo da segurança jurídica e da preservação do interesse social. [...] Infere-se, assim, que o novel Código **de** Processo Civil ampliou tanto em sentido vertical quanto horizontal as hipóteses **de modulação dos efeitos de** decisão judicial, já que essa faculdade não se restringe mais ao Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato ou difuso **de** constitucionalidade **de** ato normativo. Com efeito, existindo interesse social e sendo a segurança jurídica necessária, as Cortes Superiores, na atualidade, também podem fazer uso **de** tal técnica tanto quando houver a superação **de** precedente ('overruling') quanto a formação **de** precedente em recurso repetitivo.¹⁸³

Discorrido sobre a possibilidade de modulação na alteração de entendimento, cabe avaliar, de maneira mais detida, o significado dos critérios legalmente estabelecidos que a autorizam, assim como demais fundamentos apontados pelos trabalhos doutrinários para justificá-la.

3.2 RAZÕES E CRITÉRIOS PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS

A redação do § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil é, em boa parte, idêntica àquela utilizada na Lei nº 9.868/1999. Diverge, contudo, ao deixar de estabelecer quórum mínimo para a modulação e, principalmente, em sua natureza.

¹⁸³ Trecho do acórdão destacado nas Informações Adicionais, disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=927+%A7+3+modula%E7%E3o+de+efeitos&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27/09/2018.

Embora os dois diplomas legislativos mencionem a proteção à segurança jurídica, é necessário esclarecer que a transposição direta do significado desta expressão de uma lei a outra é inadequada. Sobre o tema, Ravi Peixoto afirma que a segurança jurídica é protegida de maneira distinta nas duas situações.¹⁸⁴ O autor diz que no controle concentrado, é a presunção de constitucionalidade do texto normativo que gera a segurança jurídica que deve ser resguardada, enquanto na superação de precedentes, é o entendimento jurisprudencial já consolidado.¹⁸⁵

Ressalta-se que a possibilidade de aplicar os efeitos prospectivos é conferida tanto ao Supremo Tribunal Federal quanto ao Superior Tribunal de Justiça, tendo-se por esteio a função de uniformização do Direito – que permite chamá-los de Cortes de Vértice, em oposição às Cortes de Justiça - que lhes é conferida.¹⁸⁶

Apesar da mencionada distinção entre a modulação no controle de constitucionalidade e na superação de entendimento, entende-se que os aspectos formadores da segurança jurídica, já mencionados no capítulo anterior, devem ser ponderados, também, na hipótese de modulação dos efeitos da superação jurisprudencial. É dizer, deve ser levada em consideração a confiança legítima que se tinha, até então, no entendimento superado.

Ao tratar sobre o tema na seara do direito tributário, Jeferson Teodorovicz resume que “justifica-se a busca por um critério para tentar a harmonização entre segurança jurídica, proteção da confiança e modificação jurisprudencial”.¹⁸⁷

Luiz Guilherme Marinoni leciona que a segurança jurídica, para efeitos de modulação de efeitos, deve ser visualizada nas feições de confiança e previsibilidade¹⁸⁸. O doutrinador explica, na sequência, que não é toda e qualquer confiança que deve ser tutelada, mas a confiança justificada, de modo que, se tiver havido perda da congruência social e coerência sistêmica do precedente revogado, não haveria que se falar em confiança, em virtude do desgaste do precedente.¹⁸⁹

¹⁸⁴ PEIXOTO, op. cit., p. 231.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ MARINONI, **Precedentes...**, op. cit., p. 367.

¹⁸⁷ TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação dos efeitos em decisões de inconstitucionalidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 131. nov./dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTFPub_n.131.03.PDF>. Acesso em: 22 de set. de 2018.

¹⁸⁸ MARINONI, **Precedentes...**, op. cit., p. 360.

¹⁸⁹ Idem.

Daniel Mitidiero, por seu turno, defende que “a superação do precedente com eficácia prospectiva requer a existência de precedente, sua alteração com vocação retroativa e a existência de confiança legítima no conteúdo do precedente”¹⁹⁰. Em aprofundamento do tema, o autor, além de tratar dos demais requisitos, especifica que a confiança legítima é formada pela “base da confiança, exercício da confiança e sua frustração”¹⁹¹. Em seu entender, a base residiria na existência de precedente constitucional ou federal e que seria, portanto, necessariamente emando das Cortes Superiores, ao passo em que o exercício da confiança estaria na prática de atos concretos, pautados no precedente.¹⁹² Por fim, a frustração da confiança ocorreria quando “a aplicação do novo precedente é capaz de causar um resultado diverso e mais gravoso do que aquele esperado de acordo com o precedente superado”.¹⁹³

De maneira similar, Judith Martins Costa, em artigo que versa sobre a relação dos indivíduos com o Estado, conceitua a segurança jurídica a partir da concepção de um ordenamento jurídico estável, que conjugue adequadamente a fluidez natural do Direito com a preservação e continuidade de determinadas relações jurídicas.¹⁹⁴ A permanência seria, nesta perspectiva, valor que reflete a confiança do cidadão nas “regras do jogo” e o protege contra modificações imprevisíveis, que alterem significativamente as suas decisões¹⁹⁵. Embora a autora não tenha abordado a alteração de entendimento com efeitos prospectivos, estas ponderações parecem pertinentes para a compreensão dos objetivos visados pelo legislador.

Em conhecida obra sobre a segurança jurídica em matéria tributária, já referenciada neste trabalho, Humberto Ávila posiciona-se pela restritividade da modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade, porque a sua utilização implicaria, em alguns casos, malferimento da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.¹⁹⁶ De todo modo, interessa a apreensão destes elementos como constituidores da segurança jurídica.

¹⁹⁰ MITIDIERO, op. cit. p. 120.

¹⁹¹ Ibidem, p. 121.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Ibidem, p. 122.

¹⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. a segurança como crédito de confiança. **R. CEJ**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004. p. 114.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ ÁVILA, **Segurança...**, op. cit. p. 498-499.

Em outro trecho, o doutrinador esclarece que há um conflito entre as dimensões temporais da segurança jurídica porque, com a modulação de efeitos, opta-se pela intangibilidade de atos já praticados, o que gera, todavia, a restrição da segurança no futuro, pelo incentivo de práticas inconstitucionais.¹⁹⁷ Por isso, o autor defende que, para que haja modulação, é imprescindível a excepcionalidade da situação.¹⁹⁸

Ainda que esta análise tenha sido feita tendo-se por vista o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, nota-se que este pressuposto também deve ser aplicada à modulação de efeitos na superação do entendimento, porque esta, via de regra, terá efeitos retroativos. É neste sentido, também, o posicionamento de Caio Mário Velloso Filho, para quem a modulação de efeitos envolve uma séria ponderação de princípios: de um lado, identifica-se a necessidade de proteção das opções feitas pelo jurisdicionado com fundamento no entendimento superado e, de outro, há que se ter cautela para não malferir o princípio da legalidade, eis que, ao conferir novas diretrizes à incidência da lei, o Poder Judiciário estabelece que a aplicação feita até então estava incorreta.¹⁹⁹

Elpídio Donizetti aborda esta temática tendo por premissa que, na construção de um ordenamento jurídico que prima pelo *stare decisis*, há que se lembrar que a jurisprudência é fonte de Direito,²⁰⁰ de modo que, nos casos em que a segurança jurídica o justifique, os efeitos prospectivos na superação devem ser admitidos, para que a norma – assim entendida por força da vinculatividade das decisões – criada pela decisão judicial acoberte apenas situações futuras.²⁰¹ Ao tratar da eventualidade da técnica da modulação, diz que devem ser ponderados “o fim almejado pela nova norma, o tipo de aplicação que se mostra mais correta e o grau de confiança que os jurisdicionados depositaram no precedente que irá ser superado”.²⁰²

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. faz uma distinção entre precedentes com base no grau de surpresa que geram nos jurisdicionados, dividindo-os em precedentes não surpreendentes, precedentes que afastam-se da concepção geral

¹⁹⁷ Ibidem, p. 563.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ VELOSO FILHO, Caio Mário. **Modulação dos efeitos das decisões do STF e do STJ. Migalhas.** Publicado em 19/02/2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274538,41046-Modulacao+dos+efeitos+das+decisoes+do+STF+e+do+STJ>>. Acesso em: 23 de set. de 2018.

²⁰⁰ DONIZETTI, op. cit. p. 11.

²⁰¹ Ibidem, p. 13.

²⁰² Ibidem, p. 15.

sobre questão de direito e precedentes que modificam orientação jurisprudencial anterior.²⁰³ Para esta última modalidade, a regra deveria ser a irretroatividade do novo entendimento, a menos que um novo texto normativo tenha aptidão para afastar o elevado grau de surpresa próprio à espécie.²⁰⁴

Lucas Buril de Macêdo pontua que a superação com efeitos prospectivos serve à contenção dos “prejuízos injustos que podem advir da aplicação da nova norma a situações anteriores, sobretudo naquelas situações nas quais os sujeitos confiaram na atuação jurisdicional anterior, preservando a segurança jurídica”.²⁰⁵ O autor recorda, ainda, que nos casos em que o problema tem efeitos massivos, a melhor solução é, de fato, a modulação e que, mesmo que isso signifique alguma defasagem para a segurança jurídica, esta é um princípio, sem caráter absoluto.²⁰⁶

Especificamente sobre a modulação na alteração de jurisprudência dominante, Gláucio Maciel Gonçalves e Guilherme Bacelar Patrício de Assis sublinham que esta resguarda a “evidente necessidade de concretizar os princípios constitucionais da segurança jurídica, da confiança, da boa-fé e da irretroatividade”.²⁰⁷

Ravi Peixoto, após fazer um comparativo entre diversos doutrinadores acerca dos requisitos para a modulação de efeitos, concluiu que há como extrair destes ensinamentos parâmetros gerais para determinar se a modulação é adequada. Em primeiro lugar, o autor salienta que a segurança jurídica significa confiança legítima nas bases fundantes.²⁰⁸ Sobre estas, o autor leciona que não se limitam à origem do julgado – se proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo –, podendo advir de elementos como publicação da decisão e trânsito em julgado, que fortalecem a confiança dos jurisdicionados.²⁰⁹

²⁰³ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (coord). **O projeto do novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: Juspodvm, 2012, p. 374-378 apud PEIXOTO, op. cit. p. 256.

²⁰⁴ Ibidem, p. 257.

²⁰⁵ MACÊDO, op. cit. p. 310.

²⁰⁶ MACÊDO, op. cit. p. 311.

²⁰⁷ O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil. REPRO, v. 258, ago. 2016.

²⁰⁸ PEIXOTO, op. cit. p. 262.

²⁰⁹ Ibidem, p. 263.

Na sequência, rememora a excepcionalidade da atribuição de efeitos prospectivos, condicionada à demonstração de que o novo precedente realmente consistiu em modificação surpreendente na linha jurisprudencial da Corte.²¹⁰ Após, menciona-se o requisito da boa-fé, que deve ser comprovada pela parte que se diz prejudicada e, por fim, disserta-se sobre a existência de necessidade da tutela da confiança apenas quando restar esclarecido o prejuízo à esfera jurídica de alguém.²¹¹

Retomando-se a excepcionalidade desta modalidade decisiva, o próprio Supremo Tribunal Federal afirma, ao tratar sobre a modulação das decisões declaratórias de inconstitucionalidade que “Cabe ressaltar que o afastamento do princípio da nulidade só ocorrerá quando demonstrado que a declaração de inconstitucionalidade traria danos à segurança jurídica ou a algum outro valor constitucional diretamente vinculado ao interesse social”²¹² e que, por essa razão, estabeleceu-se um quórum elevado para realizá-la.²¹³ Como já observado, a exigência de quórum qualificado não foi reprisada no diploma processual civil, embora mantenha-se, no mais, as exigências mencionadas pela Suprema Corte.

A partir destas considerações doutrinárias, verifica-se que a expressão “segurança jurídica”, utilizada pelo legislador no mais recente Código de Processo Civil, não se afasta da concepção da segurança jurídica como princípio geral do ordenamento jurídico. Em outras palavras, para que se determine se há dever de proteção de situações consolidadas, a ser feita com a modulação de efeitos, revelam-se imperiosos questionamentos atinentes à confiança depositada no precedente, ao real prejuízo causado pela sua superação e à estabilidade do ordenamento jurídico, sendo pertinente destacar, neste aspecto, que o magistrado exerce atividade criativa.

O interesse social, por sua vez, não é objeto de discussões aprofundadas no plano doutrinário. Destarte, parece que este é um critério que deverá ser objetivamente verificado no caso concreto. Em estudo jurisprudencial conduzido por Soraya Gasparetto Lunardi, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal realizou modulações, na maior parte das vezes, por razões de ordem econômica, ainda que

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Idem.

²¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/.../4Port.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

²¹³ Idem.

não exclusivamente por estas.²¹⁴ Observou-se, ainda, que “Na maioria dos casos, o Tribunal considera oportuno conceder à administração pública e ao poder legislativo prazo para ajustar sua conduta e produção normativa ao pronunciamento judicial”,²¹⁵ o que indica uma preocupação com os efeitos sociais produzidos.

Neste passo, Caio Mário Velloso Filho aduz que o “Interesse social ocorre quando os efeitos negativos da decisão atingirão, de forma relevante, importantes valores sociais”.²¹⁶ Há quem defenda que o interesse social está intimamente relacionado com o interesse público, de forma que, ao se deparar com decisões complexas que envolvam questões do Estado, deve-se buscar solução que permita a concretização do bem comum, balanceando-se o conflito de interesses gerados pela prática de atos fundados na lei considerada inconstitucional.²¹⁷

No RE nº 593.849, em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. Os efeitos do julgamento foram modulados a fim de que o precedente se aplicasse a todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e aos casos futuros.²¹⁸ Posteriormente, em sede de embargos de declaração, o Tribunal Superior manteve a modulação, sob o argumento de que não havia contradição quando presentes os requisitos de segurança jurídica e interesse social, que conferem à Corte a faculdade de valer-se da atribuição de efeitos prospectivos (“*prospective overruling*”)²¹⁹. Vale dizer que o fundamento legal que embasou a modulação neste aresto foi o § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil.

No julgamento do RE nº 704.292, o Tribunal Superior indeferiu o pleito de modulação de efeitos, argumentando que “A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema, a qual somente se justifica se estiver

²¹⁴ LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista de Direito FEAD-PHRONESIS**, n. 5, 2010. p. 118.

²¹⁵ LUNARDI, op. cit., p. 114.

²¹⁶ VELLOSO FILHO, op. cit.

²¹⁷ OLIVEIRA, In: **Âmbito Jurídico**, op. cit., acesso em: set 2018.

²¹⁸ RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017.

²¹⁹ RE 593849 ED-segundos, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 20-11-2017 PUBLIC 21-11-2017.

indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social”²²⁰. Naquela oportunidade, extrai-se do inteiro teor do acórdão²²¹ que houve a discussão sobre os efeitos da tese que estava em vias de ser fixada - a qual, no resultado geral, restou redigida da seguinte forma: “É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos”, - tendo em vista que, com os efeitos repristinatórios que levaram à aplicabilidade de leis vigentes antes da edição da norma declarada inconstitucional, sem redução de texto, haveria que se examinar a situação de um possível fomento à judicialização,²²² além da problemática de determinar aos Conselhos que restituissem valores indevidamente cobrados.²²³

Contudo, apesar destas considerações, a Corte Suprema houve por bem deixar de modular os efeitos e manter a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, porque não teria sido demonstrado pelos recorrentes, no caso, o interesse social apto a fazê-la atribuir efeitos prospectivos à decisão²²⁴.

Na ADI nº 4.641, a temática sob exame da Corte Constitucional era a compatibilidade vertical de lei catarinense que havia incluído, no Regime Próprio de Previdência Social (RGPS), cartorários extrajudiciais “admitidos antes da vigência da Lei federal 8.935/94 que, até 15/12/98 (data da promulgação da EC 20/98), não satisfaziam os pressupostos para obter benefícios previdenciários”.²²⁵ Nesta hipótese, realizou-se a modulação de efeitos para resguardar o direito adquirido daqueles que, até a data da publicação da decisão do STF, “já estivessem

²²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 704.292/PR. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgamento em 19.06.2016. Publicado em 03/08/2017.

²²¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28704292%2EENUME%2E+OU+704292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jjkfp72>>. Acesso em: 27.09.2018.

²²² Ponderamento lançado pelo Min. Luís Roberto Barroso (p. 6 do acórdão).

²²³ Questionamento aventado pelo Min. Teori Zavaschi, loc. cit.

²²⁴ Conforme esclarecido pelo Min. Dias Toffoli na página 73 do acórdão.

²²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4641, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 09-04-2015 PUBLIC 10-04-2015.

recebendo benefícios previdenciários juntos ao regime próprio paranaense ou já houvessem cumprido os requisitos necessários para obtê-los”.²²⁶

No corpo do acórdão, ressaltou-se que diversos segurados efetuaram o recolhimento de contribuições, porque acreditavam estar legitimamente inseridos no RGPS e, com o implemento de determinadas condições, passaram a receber benefícios. Neste contexto, haveria – aqui, importa dizer que foram referenciadas as considerações lançadas por outro membro do STF, em acórdão diverso²²⁷ - situação jurídica consolidada, de forma que “o princípio da segurança jurídica torna-se “capaz de sobrepujar o próprio postulado da nulidade absoluta da lei inconstitucional”, sendo que este última continua sendo, porém, a regra.²²⁸

Assim, haveria necessidade de ponderação, diante do caso concreto, entre os princípios da nulidade da norma e o grau de sacrifício da segurança jurídica ou de outro aspecto consubstanciado no interesse social, conferindo-se significado especial ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que atuaria “no confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade”.²²⁹

Logo, em face dos apontamentos doutrinários trazidos e da construção jurisprudencial do significado da segurança jurídica e do interesse social, escolhidos pelo legislador como critérios autorizadores da modulação de efeitos, verifica-se que a vagueza sobre o seu alcance, no diploma legal, deve-se à necessidade de preenchimento do seu conteúdo no caso concreto. Da análise das situações em que a modulação foi aplicada, seja no controle concentrado de constitucionalidade, seja por força do § 3º do artigo 947 do Código de Processo Civil, infere-se que a segurança jurídica parece estar atrelada à estabilidade do ordenamento jurídico e à confiabilidade do jurisdicionado, ao passo em que o interesse social melhor condiz com os efeitos práticos gerados à coletividade, com a expurgação de determinada

²²⁶ Idem.

²²⁷ Trata-se do Min. Gilmar Mendes e da ADI nº 2791, respectivamente.

²²⁸ A citação consta da pág. 16 do acórdão, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284641%2EENUME%2E+OU+4641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mzfdv84>>. Acesso em: 27.09.2018.

²²⁹ A citação consta da pág. 16 do acórdão, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284641%2EENUME%2E+OU+4641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mzfdv84>>. Acesso em: 27.09.2018.

norma do sistema ou com a alteração de entendimento que, até então, prevalecia. Na linha adotada nesta pesquisa, defende-se que não significa que haja possibilidade de atribuição de conceitos estanques a esses elementos, que devem ser sopesados no caso concreto.

Visto que a modulação dos efeitos na superação constitui-se em atribuição de efeitos prospectivos à decisão (“*prospective overruling*”), cabe investigar, no próximo tópico, sobre as modalidades que esta assume. Serão avaliadas, então, quais são as técnicas de restrição do alcance do novo entendimento e quem pode valer-se destas.

3.3 TÉCNICAS MODULATÓRIAS E APLICABILIDADE

A modulação dos efeitos está relacionada, via de regra, com a atribuição de efeitos prospectivos à determinada decisão, ou seja, com a determinação de que esta somente valerá para o caso presente, em virtude da necessidade de regulação da situação concreta, e para os litígios futuros. É o que se convencionou denominar, na doutrina, de “*prospective prospective overruling*”.²³⁰

Contudo, em algumas hipóteses, a simples atribuição de efeitos prospectivos, nos moldes mencionados, não é suficiente para a garantia da confiança e da segurança jurídica que emanavam da orientação anterior. Nestes casos, poderá a Corte situar o termo inicial a partir do qual valerá o novo entendimento para data futura, excluindo-se, inclusive, a situação sob exame de sua incidência, o que é chamado por Melvin Eisenberg de “*pure prospective overruling*”.²³¹

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni leciona que

Contudo, há situações em que não há racionalidade em regular o próprio caso – que ofereceu oportunidade à revogação – com base no novo precedente. Quando a situação de direito material que ensejou a revogação se formou com base em precedente dotado de credibilidade, as mesmas razões que aconselham eficácia prospectiva impõem a exclusão do caso sob julgamento da incidência do novo precedente.²³²

²³⁰ MARINONI, **Eficácia**..., op. cit., acesso em: 29.09.2018.

²³¹ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 127.

²³² MARINONI, **Precedentes**..., op. cit., p. 360.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é relevante mencionar que no julgamento dos Eds na ADI nº 3.415, a Corte Suprema diferiu o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da decisão, para que o Estado do Amazonas pudesse se programar, administrativamente e em aspectos orçamentários, para a reformulação do quadro de Delegados de Polícia, pois esta implicaria em repentino aumento de despesas e inobservância de limites legais para tanto.²³³

A modulação de efeitos pode ser realizada, também, mediante limitação dos efeitos que a decisão causaria, quanto aos atingidos por ela. Para Aurélio Viana e Dierle Nunes, esta modalidade “permitiria a preservação de direitos fundamentais e deveria ser encarada como uma ferramenta em benefício dos particulares contra uma equivocada supremacia do interesse público”.²³⁴

Em consulta realizada a demais arestos da Corte Superior, localizam-se julgados em que a delimitação do alcance do novo precedente direcionou-se aos sujeitos por ele atingidos, e não propriamente à modulação de efeitos no tempo. Nos EDs da ADI nº 1.301/RN, os efeitos da decisão que declarara inconstitucional o artigo 14 do Ato de Disposições Constitucionais da Constituição do Rio Grande do Norte, foram ressalvados para não atingir os direitos daqueles que haviam completado os requisitos para aposentação, previamente à publicação da ata do julgamento.²³⁵

Na já mencionada ADI nº 3.415 o Tribunal houve por bem, além de conferir prazo para a implementação de políticas que levassem em consideração a inconstitucionalidade da lei, resguardar os atos que haviam sido praticados por servidores irregularmente investidos, em razão do tempo de vigência da lei, da presunção de sua constitucionalidade e dos efeitos que aqueles haviam gerado.²³⁶

No Superior Tribunal de Justiça, recorda-se o entendimento assentado no EDcl no REsp 1657156/RJ, que versava sobre a concessão de medicamentos. Ali, consignou-se que os requisitos cumulativos estabelecidos naquele julgamento seriam exigíveis para todos os processos distribuídos na primeira instância a partir de 4/5/2018, enquanto que, para os demais, distribuídos antes desta data e

²³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3415 ED-segundos**, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 27-09-2018 PUBLIC 28-09-2018.

²³⁴ VIANA; NUNES, op. cit. p. 298.

²³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1301 ED**, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/09/2018, PUBLIC 19-09-2018.

²³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3415**, op. cit., PUBLIC 28-09-2018.

pendentes de julgamento, somente seria exígivel a demonstração da imprescindibilidade do medicamento. Vislumbra-se, pois, uma hipótese de restrição do alcance da decisão a partir de um critério temporal, com a preocupação de salvar a coisa julgada.²³⁷

No também já mencionado Recurso Repetitivo do Tema nº 955, a modulação de efeitos foi realizada de maneira que, nas ações ajuizadas na Justiça Comum, seriam admitidos os reflexos de verbas remuneratórias ou “horas extras” reconhecidas pela Justiça do Trabalho, na renda mensal inicial dos benefícios de aposentadoria. Neste aresto, é possível dizer que há uma preocupação em proteger aqueles que, confiantes no antigo entendimento dos Tribunais Superiores, ajuizaram ações buscando obter determinada resposta jurisdicional coerente com este entendimento.

Não existe, a rigor, determinação legal quanto à forma de modular os efeitos. Por isso, entende-se, pela análise do § 3º do artigo 927 que, na alteração de entendimento proveniente das Cortes Superiores, os efeitos do novo posicionamento podem ser relativizados tanto no que diz respeito ao momento a partir do qual incidirão quanto às pessoas ou situações jurídicas que visam resguardar.

Cabe questionar, na sequência, quais são as principais – e aqui, utiliza-se deste termo pela falta de pretensão de esgotamento das possibilidades – situações que ensejam – ou podem fazê-lo – a modulação de efeitos.

Humberto Ávila, há muito, frisou que o sistema constitucional, no que se refere às competências tributárias, conferia um grande espaço para que a temática fosse discutida em sede de controle abstrato de constitucionalidade²³⁸. De fato, boa parte das controvérsias relativas à constitucionalidade de tributos no Supremo Tribunal Federal envolvem considerações relativas à necessidade de se proteger ou não as situações consolidadas com base na norma incompatível. Cita-se, por exemplo, a conclusão travada no bojo da ADPF nº 190²³⁹, em que, após determinar que era inconstitucional lei municipal que são inconstitucionais lei municipal que veiculeasse a exclusão de valores da base de cálculo do ISSQN, em hipóteses não previstas em lei complementar nacional; e medida fiscal que implique na redução da

²³⁷ É o que se deflui pela ressalva, feita expressamente na ementa do julgado, quanto aos processos pendentes de julgamento.

²³⁸ ÁVILA, **Segurança...**, op. cit. p. 521.

²³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 190**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017.

alíquota mínima prevista pelo art. 88 do ADCT, a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tributante, também seria inconstitucional, modularam-se os efeitos para que a decisão valesse a partir da concessão da medida cautelar.

Em momento mais longínquo, a mesma Corte, no RE nº 556.664, dotado de repercussão geral, decidiu que a prescrição e a decadência para a cobrança de tributo eram matérias reservadas à lei complementar, pelo que declarou-se inconstitucional os artigos que a previam em lei ordinária, concernentes à contribuição de natureza previdenciária. A modulação operou-se, no caso, no sentido de que “São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento”.²⁴⁰

A menção à temática da constitucionalidade de determinado tributo remete, por óbvio, à competência do Supremo Tribunal Federal. Enfatiza-se que nada impede, contudo, que também o Superior Tribunal de Justiça possa se deparar com alguma questão na seara do Direito Tributário, tomando-se, por exemplo, a interpretação que é dada a lei federal. Isso decorre, naturalmente, da função primordial de uniformização do direito federal, assumida por esta Corte Superior. Caso isto ocorra, poderá haver, em tese, modulação dos efeitos, no intuito de resguardar situações consolidadas.

Outra relevante situação, que merece tutela especial do Poder Judiciário, são as cláusulas contratuais acordadas em conformidade com entendimento pela sua licitude ou demais negócios jurídicos que possam ser por ele afetados. No espectro do direito bancário, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior observou que as decisões relativas à espécie pouco interferiam na formação de novos contratos, posto que no Brasil não se teria, propriamente, um sistema de *stare decisis* que significasse a vinculação da decisão aos demais casos²⁴¹. Contudo, à luz do papel de uniformização da legislação federal e no contexto da gradual construção de um sistema de vinculação do direito jurisprudencial, problematiza-se que maior

²⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 556664**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886)

²⁴¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, 2015. p. 33.

importância deve ser conferida às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

As matérias relativas aos concursos públicos também são objeto de importantes controvérsias nos Tribunais Superiores, o que denota a imprescindibilidade de uniformização do entendimento e pode, em ocasião futura, tornar necessária a modulação de efeitos. O Supremo Tribunal Federal afirmou, em repercussão geral, que o surgimento de novas vagas não gera, automaticamente, o direito à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas em edital, ressalvados os casos de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração²⁴². Trata-se, portanto, de relevante posicionamento, o que motiva a cautela na sua aplicação e, eventualmente, na ressignificação ou superação.

No Superior Tribunal de Justiça, o assunto foi abordado diversas vezes, destacando-se, aqui, as decisões que versam sobre a suposta preterição causada pela contratação de servidores temporários para o exercício das mesmas funções que caberiam aos concursados. No AgInt no AREsp nº 1172832/PI, decidiu-se que “contratações de temporários não implicam necessariamente preterição dos candidatos aprovados, pois atendem às necessidades transitórias da Administração”.²⁴³ De igual forma, posicionou-se a Corte em outros casos recentes.²⁴⁴

Outrora, o mesmo Tribunal havia manifestado-se pela possibilidade de considerar que há preterição diante da contratação de temporários, quando houvesse candidato aprovado em concurso público aguardando a nomeação²⁴⁵. Contudo, por não se tratar da regra geral, é possível dizer que atualmente há jurisprudência sedimentada no sentido de que a contratação precária não gera, por si só, preterição. Destarte, sugere-se que, caso o Tribunal venha a conferir interpretação diversa desta ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, deverá

²⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 837.311/PI**, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015.

²⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no AREsp 1172832/PI**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 13/08/2018.

²⁴⁴ Veja-se, por exemplo, o AgInt no RMS 49.084/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018; AgInt no RMS 56.729/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 18/06/2018; AgInt no RMS 56.445/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 18/06/2018.

²⁴⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 814.809/BA**, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/02/2017.

justificar-se com base na inaplicabilidade da repercussão geral ao caso concreto (“*distinguishing*”) ou, se necessário, adotar providências para a modulação.

Enfim, demonstradas algumas hipóteses em que a alteração da eficácia temporal ou de outra forma de modulação podem ser realizadas e à guisa de conclusão deste trabalho, mostra-se oportuno avaliar, de maneira brevíssima, duas críticas colocadas à modulação de efeitos. Em primeiro lugar, apontou-se que a função judicial seria apenas decidir o caso concreto, sendo descabido alterar o tempo para a eficácia da decisão.²⁴⁶ Acredita-se que esta ideia pode ser rebatida com a admissão da jurisprudência como fonte de Direito, especialmente nos casos previstos na norma que autoriza a modulação. Ademais, já se estudou, nesta pesquisa, sobre a feição criativa da atividade jurisdicional, de modo que a desaprovação da modulação por este motivo parece infundada.

Outra crítica aventada no plano doutrinário concerne à modulação com efeitos prospectivos puros, que retiraria da parte o investimento na superação, eis que esta não valeria para si mesma.²⁴⁷ Ravi Peixoto, ao analisar este descontentamento, responde que ainda há interesse na superação do entendimento, principalmente para os litigantes habituais que dele se aproveitariam²⁴⁸. Neste ínterim, comenta-se que é necessário que se tenha conhecimento do posicionamento do Tribunal para a plenitude da confiança na formação de relações jurídicas.

Além disso, nesta pesquisa, defende-se que a modulação de efeitos deve ser utilizada com parcimônia e pensada em seu aspecto social, ou seja, com base no interesse da coletividade. É a partir daí que se fixará, portanto, se há necessidade de modular e a partir de qual data – decisão de julgamento, publicação da decisão, data da concessão da cautelar ou de algum outro evento passado, apenas para mencionar as técnicas que foram vistas neste trabalho – isso deve ser feito. Não é demasiado lembrar que todas as modalidades de modulação possuem vantagens e desvantagens,²⁴⁹ porém, isso não significa que a técnica não tenha valor como medida de resguardo de situações consolidadas, devendo o magistrado, em cada caso, ponderar sobre a melhor maneira de tutelá-las.

²⁴⁶ MARTINS, Diego Marinho. Overruling: revogação e modulação no novo código de processo civil. **FIBRA Lex**, n. 2, 2017.

²⁴⁷ The Incentive Problem with Prospective Overruling: A Critique of the Practice. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1477030>. Acesso em: 30.09.2018.

²⁴⁸ PEIXOTO, op. cit. p.. 271-272.

²⁴⁹ Ibidem, p. 275.

Por fim, acerca do cabimento da modulação, é importante destacar que, da atenta leitura do § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil, extrai-se que esta técnica decisória pode ser aplicada quando houver reversão de jurisprudência dominante ou no julgamento de casos repetitivos. Verifica-se, aí, a preocupação do legislador em não restringir a modulação aos casos de repercussão geral ou repetitivos, admitindo-se que a simples alteração na jurisprudência, desde que esta tenha gerado confiança legítima no jurisdicionado, possa autorizar a modulação.

O que se buscou demonstrar, ao longo deste capítulo, foi a existência de técnicas de modulação diversas, que podem auxiliar o órgão julgador no momento em que se verifica, em concreto, a necessidade de proteção à confiança legítima depositada no antigo entendimento. Para tanto, colocou-se que é necessário, antes de mais nada, que o precedente superado tenha, de fato, gerado alguma espécie de segurança, de modo que a sua superação constitua surpresa.

A revogação do precedente que não mais condizia com as situações práticas ou incoerente com o restante do ordenamento jurídico tornam-o desgastado e impassíveis de justa confiança - como bem leciona Luiz Guilherme Marinoni, “Não há confiança justificada num precedente desgastado”²⁵⁰ - motivo pelo qual, nestes casos, a superação operaria com efeitos *ex tunc*, atingindo os casos pendentes de julgamento. É por isso que, em dado momento, anterior a este sub-capítulo, ressaltou-se a excepcionalidade da modulação dos efeitos. Há que se ter cuidado, como também já visto em subcapítulo anterior, com a coisa julgada, que produz efeitos independentemente da superação do entendimento.

No mais, sublinhou-se que questões de Direito Tributário, relações jurídicas advindas de contratos e posicionamentos sobre os direitos de candidatos prestadores de concursos públicos são alguns dos elementos que podem ser enfrentados pelos Tribunais Superiores, que deverão ponderar, de acordo com a situação, entre a necessidade de reversão de entendimento – que é inerente à dinamicidade do Direito a qual, como visto, não é incompatível com o *stare decisis* – e a proteção de determinadas situações que foram concretizadas antes da declaração de inconstitucionalidade ou da superação do precedente.

Em outros momentos da pesquisa, foram apontados casos diversos que, por sua natureza, exigem a modulação de efeitos, como a criação de município de forma

²⁵⁰ MARINONI, **Precedentes...**, op. cit., p. 360.

inconstitucional, quando esta é reconhecida após anos de existência do ente federativo, o reconhecimento da irregularidade de transposição de servidores de um cargo a outro, sem concurso público – caso em que conferiu-se, à Administração, prazo para reestruturação – ou pronunciamentos judiciais sobre aposentação, na hipótese em que existam pessoas que já haviam adquirido direitos. Não se pretendeu, por certo, o esgotamento das possibilidades que podem ser objeto de análise pelas Cortes Superiores, tendo em vista o objetivo geral de demonstrar que existem situações jurídicas que merecem especial atenção, porque fundadas em posicionamento jurisdicional consolidado.

No mais, embora se tenha tratado sobre a modulação de efeitos no controle abstrato de constitucionalidade, ressalta-se que o objetivo deste trabalho é tratar sobre a modulação na superação de precedente. Contudo, diante do vasto conteúdo disponível, seja na doutrina ou na jurisprudência, acerca da modulação de efeitos prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 e da novidade do dispositivo que passou a permitir esta técnica na superação de precedentes – tendo em vista que o Código de Processo Civil está vigente há menos de 2 (dois) anos e a modulação de efeitos, em todas as suas modalidades, ainda não foi utilizada em larga escala pelos Tribunais -, tornou-se necessário recorrer a algumas conceituações lançadas sobre a modulação de efeitos na via da ação direta, em especial na seara jurisprudencial.

Pretende-se, pois, que estas tenham valia para a gradual construção da significação dos critérios para a superação do entendimento. Este é um papel que caberá não apenas aos magistrados, mas a todos os operadores do Direito. Parte-se, aqui, da perspectiva de um processo colaborativo, livre de protagonismos²⁵¹ e participativo,²⁵² marcado pela dialeticidade e atuação conjunta de todas as partes da relação processual na formação das decisões e, por conseguinte, na superação.

²⁵¹ MACEDO; PEREIRA; PEIXOTO, op. cit. p. 130.

²⁵² VIANA; NUNES, op. cit. p. 332-333.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema processual brasileiro é dotado de características que o vinculam, sem dúvidas, às clássicas concepções do *civil law*, em especial, numa abordagem histórica, pela passagem pelo movimento das codificações e, por consequência, pela atribuição de força maior à legislação. Em oposição, nos países de matriz de *common law*, a atividade jurisdicional é que assume posição de centralidade, diante da construção da solução ao caso concreto pelas decisões anteriores. É este aspecto que o caracteriza como um sistema precedencialista, no sentido puro.

Por aqui, contudo, operou-se nos últimos anos e, em especial, com o novo Código de Processo Civil, gradual crescimento da relevância que é conferida aos pronunciamentos jurisdicionais. É por isso que, além do estabelecimento de um rol de julgados que devem ser obrigatoriamente observados no artigo 927 – sem prejuízo da existência de entendimento segundo o qual, considerando-se a função das Cortes Superiores, este rol não é exaustivo - o diploma processual cível trouxe, no dispositivo seguinte, a preocupação com a uniformização, consubstanciada na exigência de estabilidade, integridade e coerência na jurisprudência dos tribunais.

Estes elementos levam à conclusão de que há uma aproximação com o sistema do *common law*, eis que, a partir do momento em que a jurisprudência torna-se relevante para a resolução do caso atual, converte-se em fonte de direito. Por certo, não se está a defender que isso significa um sistema de precedentes, nos mesmos moldes daqueles encontrados, por exemplo, na comunidade britânica e norte-americana, mas que é possível identificar, diante das modificações legislativas, da vasta produção doutrinária a respeito do tema e da crescente utilização de julgados como referência, a construção de um *stare decisis*, com características próprias.

Neste ponto, revelaram-se necessárias algumas distinções entre precedente, decisão judicial e jurisprudência. Na linha seguida neste trabalho, o precedente é decisão que, por suas características próprias de operarem com efeitos *erga omnes*, devem ser seguidos. A decisão judicial não é, a rigor, precedente, mas tem efeitos persuasivos para que se decida de maneira igual em casos da mesma espécie, posto que não há, apenas, a preocupação com a construção de um sistema de precedentes, mas também pela valoração do direito jurisprudencial. A jurisprudência, por seu turno, é o conjunto de decisões tomadas

por uma determinada Corte, em tempo razoável, sobre a mesma matéria. Vale dizer que a existência de jurisprudência sobre determinado assunto não afasta a possibilidade de que exista controvérsia, o que deve ser evitado na prática jurídica.

No estudo dos fundamentos que justificam a adoção de um sistema valorativo dos precedentes, apontaram-se alguns fatores que são essenciais para entendê-lo. Aqui, recorda-se a segurança jurídica, em sua dupla face de previsibilidade e estabilidade, a confiança depositada no entendimento consolidado e a necessidade de coerência e integridade do ordenamento jurídico, inclusive em sua aplicação.

Porém, a vinculatividade dos precedentes não significa engessamento do Direito, porque há, dentro da própria sistemática de precedentes, técnicas decisórias que permitem ao magistrado a correta aplicação ou não da decisão pretérita ao caso em julgamento. Dentre aquelas que foram abordadas neste trabalho, a primeira delas, o *distinguishing*, é fundamental para demonstrar que a *ratio decidendi* – entendida como razões essenciais para a conclusão do julgado – do precedente não se aplica àquele caso, usualmente por distinções fáticas relevantes.

Na sequência, o enfoque da pesquisa voltou-se ao *overruling*, o qual, como visto, é a superação do precedente. Esta superação é inerente à dinamicidade do Direito e das relações jurídicas, que justificam, em alguns casos, a reinterpretação de normas legislativas, por exemplo. No plano doutrinário, parece haver, de maneira difundida, a concepção de que um julgado deve ser superado quando não corresponde mais aos parâmetros de congruência social ou quando há incoerência sistêmica. Ou seja, em alguns casos, para que se mantenha a integridade do sistema jurídico, incluindo-se as normas legais e todas as demais fontes de Direito, é necessário que o julgador afaste-se de entendimento outrora defendido.

Aqui, é importante ressaltar que apenas o órgão julgador que proferiu determinada decisão poderá superá-la. Ao analisar este ponto, demonstrou-se também que existe hierarquia entre os Tribunais e que a vinculação das decisões opera-se, de acordo com entendimento de parte da doutrina, simplesmente pela origem do julgado, ou seja, por ser proveniente de Corte de Vértice, também chamadas de Cortes de Precedentes. Estas, em oposição à função revisional dos Tribunais de Apelação, teriam a função, atribuídas pela própria Constituição Federal, de pronunciar-se sobre a constitucionalidade de normas e conferir unidade ao Direito pela interpretação de legislação federal.

Em retomada, o *stare decisis* impõe o tratamento isonômico entre as partes e a estabilização da jurisprudência, em certo período de tempo. Mas, para além disso, a adaptabilidade do sistema judiciário às novas relações jurídicas que se formam e a necessidade de constante repreenchimento do conteúdo da lei levam à tomada de decisões diversificadas, as quais, mesmo que em afronta ao precedente, são dotadas de legitimidade se demonstrarem a inaplicabilidade daquele ou a sua superação.

Nesse último caso, a revogação opera, a rigor, com efeitos retroativos, aplicando-se aos casos ainda não julgados. Contudo, como visto nos tópicos seguintes, a superação pode ter efeitos prospectivos, a critério do órgão julgador. Até o advento do novo Código de Processo Civil, falava-se em modulação de efeitos do julgado, para data futura, apenas no rito da ação direta de inconstitucionalidade, diante da previsão do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. No presente momento, porém, consta do diploma processual civil autorização legal para que a modulação seja realizada, também, nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante ou acórdãos derivados de recursos repetitivos, no § 3º do artigo 927.

Os fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos são, sem contraditoriedade, aqueles que justificam a estabilidade das decisões. O legislador preferiu utilizar, como critério legal, os vagos termos “segurança jurídica e interesse social”. O que se conclui com esta pesquisa é que estes elementos estão intimamente relacionados ao grau de confiança depositada no precedente pelo jurisdicionado, à cognoscibilidade do Direito, às legítimas expectativas geradas e à formação de negócios jurídicos pautados no antigo entendimento, de boa-fé. Estes são, portanto, critérios fundamentais para que os Tribunais decidam, em cada caso, se há necessidade do resguardo de determinadas situações jurídicas consolidadas.

A modulação dos efeitos não necessariamente diz respeito ao tempo a partir do qual o novo entendimento prevalecerá, ainda que esta seja a regra. É possível delimitar, por exemplo, o alcance da decisão a determinadas pessoas, como comumente ocorre quando se trata de leis que versam sobre aposentadoria, para as pessoas que já haviam adquirido direitos antes do pronunciamento judicial.

Outras relevantes matérias, que podem ser objeto de enfrentamento pelos Tribunais, foram trazidas. Cita-se a formação de contratos com determinadas cláusulas, os direitos dos candidatos aprovados em concurso público e questões

tributárias ou econômicas, que são responsáveis por grande parte das modificações que interferem na esfera jurídica de indivíduos e por vezes, da coletividade.

O que se buscou, no geral, foi demonstrar que a técnica de modulação dos efeitos, se utilizada com parcimônia, instrumentaliza a legítima confiança do jurisdicionado no precedente superado e serve, portanto, ao propósito de efetivação da segurança jurídica que configura-se em base fundacional de qualquer ordenamento jurídico. Apesar da novidade da modulação na superação de entendimento, já foram localizados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em que esta já foi utilizada, de modo que espera-se que, nos próximos anos, haja maior desenvoltura e aprimoração.

5 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, 2015.

APPLE, James G. e DEYLING, Robert P. **A primer on civil-law system**. Disponível em: < <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/CivilLaw.pdf> >. Acesso em: 22 de jul. de 2018.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.

ÁVILA, Ana Paula de Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARBOZA, Estefânia. Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

BRASIL. Lei n. 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. 17 mar. 2018. Seção 1.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação de precedentes. **Revista de Processo**, v. 260, out./2016. Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao.../RPro_n.260.11.PDF>. Acesso em: 27.07.2018.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos tribunais**, v. 786, abr./2001, p. 108-128.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

COPETTI NETO, Alfredo e ZANETTI JR., Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre dworkin e maccormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. **Derecho y Cambio Social**. Publicado em 03/10/2016. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista046/OS_DEVERES_DE_COERENCIA_E_INTEGRIDADE.pdf>. Acesso em: 27.07.2018.

CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (coord). **O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador: Juspodvm, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>>. Acesso em: 11/08/2018.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, Melvin. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ESTABILIDADE E ADAPTABILIDADE COMO OBJETIVOS DO DIREITO: civil law e common law. **Revista dos Tribunais online**. p. 11-12. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_com_o_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 26.07.2018.

FALLON JR, Richard. Stare decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology. NYU Law Review. Disponível em <www.nyulawreview.org/sites/.../NYULawReview-76-2-Fallon.pdf>. Acesso em 27.07.2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio e NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. Barueri: Manoele, 2009.

FOWLER, James e JEON, Sangick. **The authority of Supreme Court Precedent**. Disponível em: <https://aclu.procon.org/sourcefiles/fowler_authority_score.pdf>. Acesso em: 22.07.2018.

GUTIERREZ, Consuelo Sirvent; COLÍN, Margarita Villanueva. **Sistemas jurídicos contemporâneos**. 8. ed. México: Porrúa, 2006.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KNIFFEN, Margaret. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. **Fordham Law Review**. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2/>>. Acesso em: 30.07.2018.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LIMITS OF JUDICIAL LAW MAKING AND PROSPECTIVE OVERRULING. **The Modern Law Review**. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2230.1966.tb02262.x>>. Acesso em: 19.08.2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodvim, 2015.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista de Direito FEAD-PHRONESIS**, n. 5, 2010. p. 118.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York: Routledge, 2016.

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACEDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa e PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. **Civil Procedure Review**. p. 130. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=87&embedded=true>. Acesso em: 28.07.2018.

MARANHÃO, Clayton Albuquerque de. **Jurisprudência, precedente e súmula no direito brasileiro**. In: ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). O Processo Civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos. Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes**: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Biblioteca Digital de Periódicos da UFPR. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>>. Acesso em: 22.07.2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficácia temporal da revogação do precedente formado em recurso extraordinário**. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0783_0812.pdf>. Acesso em: 20.08.2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MARINONI, Luis Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada nos Tribunais. **Rev. TST**, Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011.

MARTINS, Diego Marinho. Overruling: revogação e modulação no novo código de processo civil. **FIBRA Lex**, n. 2, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. a segurança como crédito de confiança. **R. CEJ**, Brasília, n. 27, out./dez. 2004. p. 114.

MERRYMAN, John Henry; PERREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The spirit of laws**. Kitchener: Batoche Books, 2001.

OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521>. Acesso em: 22 de set 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2010. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Belloc%20Marins%20%20vers%C3%A3o%20final.pdf>> Acesso em: 22.07.2018.

PRACTISE STATEMENT: Judicial Precedent. Disponível em: <<https://swarb.co.uk/practice-statement-judicial-precedent-hl-1966/>>. Acesso em: 30.07.2018.

PUGLIESE, William Soares. A *ratio* da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 2016. **Dissertação** (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/32233>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

ROOSEVELT, Kermitt. A retroactivity retrospective, with thoughts for the future. *California Law Review*, v. 95, 2007, p. 1683. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/krooseve/workingpapers/b95CalLRev1677\(2007\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/krooseve/workingpapers/b95CalLRev1677(2007).pdf)>. Acesso em: 24.08.2018.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

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://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28.07.2018.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, abr/jun., 1998. p. 27-40. p. 33-34.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **SRRN**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 08.04.2018.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. London: Harvard University Press, 2009.

SHAPIRO, David L. The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection. **Texas Law Review**. v. 86. Abr./2008. p. 943. Versão eletrônica disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1108440>>. Acesso em: 29.07.2018.

SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação de precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). **Procedimento comum**. v. 2. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STF. ADI 4071, Rel. Min. Menezes Direito, julgado em 22/04/2009, publicado em 16/10/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ARE 652469 AgR**, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, Julgado em 26/09/2017, Acórdão Eletrônico Dje-024 Divulg 08-02-2018 Public 09-02-2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, **ADI 2240/BA**, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/2007, Dje 03/07/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4641**, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Julgado Em 11/03/2015, Processo Eletrônico Dje-067 Divulg 09-04-2015 Public 10-04-2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **ADI 3415 ED-segundos**, Relator(a): Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, Julgado em 01/08/2018, Processo Eletrônico Dje-206 Divulg 27-09-2018 Public 28-09-2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1301 ED**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/09/2018, PUBLIC 19-09-2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 190**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Julgado em 29/09/2016, Processo Eletrônico Dje-087 Divulg 26-04-2017 Public 27-04-2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE nº 704.292/PR**. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgamento em 19.06.2016. Publicado em 03/08/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 593849**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Julgado Em 19/10/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-065 Divulg 30-03-2017 Public 31-03-2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 837.311/PI**, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 556664**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1ª Seção, **EDiv no REsp 738.689**, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.10.07. Trecho extraído do voto-vista do Ministro Hermann Benjamin, págs. 38-39.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgInt no AREsp 1172832/PI**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 13/08/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **EDcl no REsp 1657156/RJ**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 814.809/BA**, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/02/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1312736/RS**, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, segunda seção, julgado em 08/08/2018, dje 16/08/2018.

STRECK, Lênio. O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 24.07.2018.

STRECK, Lenio. **Hermêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Disponível em: <civilistica.com/wp-content/uploads/.../Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 24.07.2018.

TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação dos efeitos em decisões de inconstitucionalidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 131. nov./dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTFPub_n.131.03.PDF>. Acesso em: 22 de set. de 2018.

UNITED STATES SUPREME COURT. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/381/618.html>>. Acesso em: 20.08.2018.

VELOSO FILHO, Caio Mário. **Modulação dos efeitos das decisões do STF e do STJ. Migalhas**. Publicado em 19/02/2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274538,41046-Modulacao+dos+efeitos+das+decisoes+do+STF+e+do+STJ>>. Acesso em: 23 de set. de 2018.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Por que respeitar precedentes? **Gazeta do Povo**. Publicado em 16.10.2015. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/teresa-arruda-alvim-wambier/por-que-respeitar-os-precedentes-2ot2n72y384owyrqn3gynso1>>. Acesso em: 28.07.2018.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, v. 235, 2014, p. 293–349.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.