ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

LIMITES À RETROATIVIDADE DO PRECEDENTE UNIFORMIZADOR DE JURISPRUDÊNCIA

LIMITATIONS FOR THE RETROACTIVITY OF THE UNIFORM JURISPRUDENCE PRECEDENT

Gustavo de Medeiros Melo*

RESUMO: O artigo discute um problema singular, mas ainda não resolvido, a respeito da retroatividade dos efeitos do precedente judicial que aplica uma nova interpretação para resolver casos controvertidos nas cortes superiores de Justiça. No sistema constitucional que resguarda a segurança jurídica, é necessário fixar algumas barreiras diante da retroatividade do precedente que impõe uma nova forma de comportamento, construindo, por consequência, nova regra de Direito.
Palavras-chave: Precedente judicial. Segurança jurídica. Divergência jurisprudencial. Retroatividade. Incidente de uniformização.

ABSTRACT: The article discusses a single issue but still unresolved concerning the retroactivity of the effects of the judicial precedent that applies a new interpretation to solve controversial cases in the superior courts of justice. In the constitutional system that protects legal certainty it's necessary to set some barriers among the retroactivity of the precedent that requires a new way of behavior and therefore builds new rule of Law.
Keywords: Judicial precedent. Legal certainty. Jurisprudential divergence. Retroactivity. Incident uniform.

* Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado. São Paulo – São Paulo – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho pretende investigar a possibilidade de haver limites à retroatividade da norma jurídica formulada pela jurisprudência dos tribunais superiores. É possível se falar em direito adquirido contra precedente judicial construído após relevante e intenso estado de controvérsia que se instalou entre órgãos e ministros da própria Corte Superior? Eis o problema central que motivou a presente reflexão.

Ao final, uma proposta de alteração legislativa será feita para essa matéria, na expectativa de que se tenha cumprido aqui a função social da dogmática: identificar criticamente os pontos de disfunção do sistema jurídico e apontar caminhos de solução.

O tema foi especialmente escolhido em homenagem ao Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO, paradigma de Magistrado por vocação e autor de uma infinidade de acórdãos estelares que representam a interpretação construtiva que o nosso homenageado sempre empreendeu na solução dos conflitos que o Estado brasileiro lhe confiou ao longo de 40 anos de uma judicatura exemplar.

2 FUNÇÃO UNIFORMIZADORA E PARADIGMÁTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A Corte Superior, de abrangência genicamente nacional, deve ser reservada ao julgamento de questões de interesse não só das partes do processo, mas, sobretudo, da coletividade potencialmente destinatária do futuro pronunciamento e seus reflexos.

No Brasil, a Constituição da República confiou aos tribunais superiores uma missão proeminente na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico para todo o território nacional, dos quais se esperam as decisões de maior relevância para os destinos do país, exercendo, por assim dizer, uma função *paradigmática* e eminentemente *exemplar* no sistema.[1]

1 ARRUDA ALVIM, J. M. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988, p. 41; A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões. *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, 2000, n.º 17, p. 448; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. A irretroatividade da mutação jurisprudencial na era da informação tecnológica. In: CALDEIRA, Adriano & FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil – Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 312; ARRUDA ALVIM WAMBIER,

O Supremo Tribunal Federal, na função de Corte Constitucional, não pode mais admitir qualquer espécie de litígio sem atentar para a relevância e repercussão do seu pronunciamento num contexto social mais amplo. Tentando minorar antigo problema de sobrecarga do STF, que implica desvio de sua verdadeira função institucional,[2] a chamada Reforma do Poder Judiciário emendou a Constituição para exigir que, no recurso extraordinário, o recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (CF, art. 102, § 3º).[3]

Ainda é cedo para balanço de resultados, mas a Emenda Constitucional 45/2004 pretende remover o STF do velho dilema que o abateu por anos a fio, aquilo que ALFREDO BUZAID acusou como a diferença que separa o construtor de votos modelares que contribuem para o progresso da cultura jurídica da nação e o produtor em escala industrial, mas em débito permanente com a qualidade dos julgamentos.[4]

Na esfera do Superior Tribunal de Justiça, existe também uma tendência muito marcante no sentido de filtrar a avalanche de recursos especiais oriunda de todos os Estados da federação. A técnica que vem sendo experimentada consiste em manter represados nos tribunais de segunda instância (TJ e TRF) os recursos repetitivos com idêntica questão de direito, enquanto se aguarda o julgamento do recurso piloto ou "*recurso representativo da controvérsia*", para usar a terminologia da Lei 11.672/2006.

O precedente uniformizador tem sérias repercussões para todos os ângulos do sistema jurídico, político, econômico e social. Alguns exemplos podem ser lembrados no campo processual civil.

A técnica do julgamento liminar de improcedência prevista no art. 285-A do CPC, após a Lei 11.277/06, deve ter como parâmetro o grau de

Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *RePro*, 172/167.

2 Em 1965, SEABRA FAGUNDES discorreu sobre as reformas estruturais do Supremo Tribunal Federal em palestra que proferiu na Confederação Nacional do Comércio. A atualidade desse pronunciamento está evidente na preocupação do conferencista com a crise em que já se via mergulhada a Suprema Corte brasileira (A Reforma do Poder Judiciário e a Reestruturação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, v. 215, 1966, p. 07). Outro trabalho magnífico publicado nos anos 60 foi uma aula magna proferida por ALFREDO BUZAID na Faculdade de Direito de São Paulo sobre a crise do Supremo Tribunal Federal (*Estudos de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, v. I, p. 144).

3 Atualmente, o instituto da repercussão geral para admissão do recurso extraordinário perante o STF está regulamentado pela Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, com alterações no Código de Processo Civil (art. 543-A e 543-B).

4 BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 147. v. 1.

amadurecimento da questão jurídica no âmbito dos tribunais superiores. No sentido de conjunto de decisões uniformes dos tribunais, a jurisprudência – sumulada ou não – é a base de referência que deve orientar a necessidade da questão jurídica ser submetida ao contraditório.[5] No fundo, é esse o grande condutor das reformas setoriais do processo civil.[6]

O parâmetro a ser seguido como solução jurídica do conflito em casos repetitivos representa a orientação do Poder Judiciário como um todo, segundo o modelo fixado por suas instâncias máximas.[7]

O precedente pode ser classificado como norma de âmbito *individual* e *concreto*, mas com vocação para se expandir e se tornar paradigmático pela observância de todos, dentro e fora da estrutura judiciária, como acontece com as decisões produzidas pelos canais de uniformização de jurisprudência.

No controle difuso de constitucionalidade, a doutrina identifica uma espécie de eficácia *reflexa* (*anexa*) que irradia e se expande do pronunciamento, inclusive dispensando a submissão de eventual incidente de inconstitucionalidade ao órgão especial das Cortes quando já houver declaração anterior do plenário do STF (CPC, art. 481, § único).[8] Foi o que aconteceu quando o STF declarou que a garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito prévio como pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo.[9] Em algumas situações, a força do pronunciamento do STF vai mais longe, com projeção equiparável à da súmula vinculante, conforme será tratado em outro tópico.

No sistema brasileiro, o precedente adquire *generalidade* e *abstração* quando se convola em súmula de jurisprudência predominante (vinculante ou não) ou quando é extraído de pronunciamento do controle concentrado de constitucionalidade (ADC, ADIN e ADPF).[10]

5 MELO, Gustavo de Medeiros. O julgamento liminar de improcedência: uma leitura sistemática da Lei 11.277/2006. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 397, maio/jun., 2008, p. 167-191; *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 63, jul./set., 2008, p. 139-168; *Revista de Processo*, São Paulo, n. 165, nov., 2008, p. 103-129.

6 MOREIRA, J. C Barbosa. **Súmula, jurisprudência, precedente**: uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299.

7 STF: "A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional" (2ª T., RE-AgR 328.812/AM, Min. Gilmar Mendes, j. de 10.12.2002, DJ 11-04-2003).

8 ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001, p. 26 e 30; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed., São Paulo: RT, 2007, p. 404.

9 BRASIL. STF. **RE 389.383/SP**, Pleno. Min. Marco Aurélio, j. 28.03.2007.

10 JANSEN, Rodrigo. **A súmula vinculante como norma jurídica**. *RF*, 380/199.

3 A INFLUÊNCIA DO PRECEDENTE UNIFORMIZADOR COMO FONTE DE DIREITO

O precedente paradigmático dos tribunais superiores é fonte de Direito que muitas vezes define *padrões de comportamento* nem sempre explícitos no texto legal, com repercussão em todos os setores da vida social,[11] sendo útil à uniformidade da jurisprudência e, sobretudo, à segurança jurídica. KARL LARENZ assinala que o precedente, quando não envolve uma divergência muito grande, considera-se com o tempo o próprio "*Direito vigente*" ou "*Direito judicial*".[12]

Como fonte de Direito, o julgamento paradigmático deve ser fonte também de segurança e projetor de luz na solução das questões que a partir dele passam a ser definidas como padrão de comportamento na vida social.[13]

O precedente uniformizador – como espécie do gênero norma jurídica – constitui o Direito vigente no país pela força criativa da jurisprudência que preenche lacunas, dissolve ambiguidades da obra legislativa e interpreta conceitos vagos ou indeterminados.[14] Frente à obscuridade do texto de lei, o órgão judicante não tem escolha senão construir a norma do caso concreto.[15] O poder criativo do Tribunal Constitucional é ainda mais evidente

11 FALLON, Richard H. ;MELTZER, Daniel. New law, non-retroactivity, and constitutional remedies. **Harvard Law Review**, v. 104, 1991, p. 1760. HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961, p. 158.

12 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611.

13 JANSEN, Rodrigo. **A súmula vinculante como norma jurídica**. *RF*, v. 380, p. 218; CARVALHO, Ivan Lira. Decisões vinculantes***, RT,*** v. 745, p.49.

14 LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. *RePro*, 43/57; JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *RF*, 380/201; MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do Advogado - Homenagem a Octavio Bueno Magano*. AASP, n. 86, jul./2006, p. 26; BOTTALO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. *RDP*, 29/17; MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *RePro*, 172/224; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *RePro*, 172/143.

15 Na doutrina norte-americana, dois expoentes da Universidade de Harvard são enfáticos na afirmação de que, por mais claras que sejam quando aplicadas ao precedente-modelo, as leis deixam obscuridades que tornam incerta a sua aplicação e que, permanentemente, não deixam ao juiz outro caminho senão a construção do Direito: "*By characterizing law as a system of rules, positivists open the way to a distinction between 'old' and new law. Although Hart emphasizes the link between legal rules and accepted standards of behavior, he also stresses that rules, however clear when applied to standard cases, will have a penumbra in which their application is uncertain. In such cases, he says, judges have no alternative but to make law. (…) A steady diet of such cases may nurture a sense that the law is pervasively*

quando ele se vale de técnicas de interpretação conforme a Constituição ou de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (Lei 9.868/99, art. 28).[16]

Faz muito tempo que o juiz deixou de ser uma simples "*boca da lei*", um ser privado de alma, de poder nulo, uma figura que o racionalismo iluminista desenhou para servir atrelado a uma exata e cega aplicação inanimada da lei.[17] Com a vitória da Revolução Francesa, a justiça ou equidade da decisão não deveria fazer parte de suas preocupações, mas só do legislador que editou a fórmula para reger a espécie.[18]

Havia um clima de euforia a ponto de se dizer que a legislação era capaz de tudo transformar, o *habitat* e o coração humano, e que a lei havia descido do céu para a Terra. A revolução pregou no espírito das assembleias a tentativa de uma transformação geral da sociedade pela lei. A própria confiança nos textos legais era tanto mais firme quanto menor parecia a necessidade de pensar e criar.[19] Na atividade judicial, não era confiável deixar nas mãos do juiz qualquer espaço para interpretações.[20]

No entanto, os tempos de hoje são outros. Todo ato de interpretação constroi em alguma medida a norma jurídica, porque interpretar é atribuir sentido e significado ao texto que consubstancia uma plataforma linguística no contexto de outros enunciados inseridos no sistema. A norma jurídica é produto de uma construção de sentido e valor que se agrega ao texto. Daí porquê se diz que a norma não se reduz ao texto. O texto é só o ponto de partida para a formação das significações.[21] É a ponta do "*iceberg*" no processo de concretização da norma jurídica.[22]

indeterminate and that the Court has no choice but to make law" (FALLON, Richard H. & MELTZER, Daniel. "New law, non-retroactivity, and constitutional remedies". *Harvard Law Review*, v. 104, 1991, p. 1760-1761).

16 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **RePro**, v.172, p. 220.

17 MONTESQUIEU, Charles de. *L'esprit des lois – Défense de l'Esprit des Lois*. Paris: Ernest Flammarion, s/d, t. I, p. 174, a propósito do que escreve no famoso capítulo VI do livro XI, sobre a Constituição da Inglaterra.

18 PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 562.

19 Na literatura, há célebre passagem de JEAN CRUET retratando a bela época: "*Lorsque le progrès social se présente sous l'aspect d'une opération logique, dont tous les termes sont d'avance connus, il est naturel que la loi en apparaisse comme l'instrument prédestiné, car elle semble supprimer tout intervalle intre la pensée et l'action. Si la loi est toute-puissante, concevoir, n'est-ce pas créer?*" (*La vie du droit et l'impuissance des lois*. Paris: Ernest Flammarion, 1920, p. 270).

20 MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 8. ed., Torino: G. Giappichelli, 1991, v. I, p. 102.

21 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: Linguagem e Método. São Paulo: Noeses, 2008, p. 179 e 186.

22 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53.

Dos tribunais jorram diariamente direitos e deveres nem sempre muito claros e evidentes na tessitura dos textos legislativos; e a esses precedentes a ordem jurídica confere a capacidade de prescrever norma jurídica individual e concreta. Portanto, a jurisprudência é fonte de produção do Direito se tomada essa categoria como a forma através da qual o Direito nasce e se renova em determinada conjuntura histórica.[23]

4 O PODER NORMATIVO DO STF NA CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE

Virou tradição no Direito brasileiro, desde quando criado no Regimento Interno do STF, em 1963,[24] o instituto da súmula de jurisprudência predominante como enunciado que resume a tese jurídica aprovada pela Suprema Corte para racionalizar a atividade jurisdicional. A súmula foi criada para facilitar o trabalho dos advogados e do próprio tribunal, porque sintetiza o julgamento das questões de solução já assentada no STF.[25]

A súmula de jurisprudência predominante não tinha força de lei. Era uma "*síntese de jurisprudência*", um simples "*método de trabalho*" destinado a ordenar e facilitar a tarefa judicante, procurando também evitar a "*anarquia jurisprudencial*", conforme afiançou o Min. VICTOR NUNES LEAL.[26] Do ponto de vista prático, a grande função da súmula do STF, abstraído o mérito de seu conteúdo, era proporcionar segurança, equilíbrio e previsibilidade às relações jurídicas.[27]

O Ministro CARLOS VELLOSO dizia que a súmula não obriga, mas só predomina, o que fez o próprio STF entender que ela *não constitui ato norma-*

23 SORRENTINO, Federico. *Le fonti del diritto*. Genova: ECIG, 1992, p. 5-6. Entretanto, na mesma obra italiana, o autor prefere considerar como fonte do Direito apenas o precedente da Corte Constitucional que declara a inconstitucionalidade da norma (*Le fonti*, cit., p. 141).

24 Poucos anos depois, a Lei 5.010/66, que organizou a Justiça Federal, criou para o Tribunal Federal de Recursos procedimento de aprovação de súmula de sua jurisprudência predominante para orientação dos juízes de primeira instância (art. 63).

25 BOTTALO, Eduardo Domingos**. A natureza normativa das súmulas do STF:** segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. **RDP**, v. 29, p.19; ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. *RT*, 879/44; CARVALHO, Ivan Lira. Decisões vinculantes. *RT*, 745/56.

26 LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **RDA**, v. 145, p.2.

27 PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da Teoria Geral do Direito. **RePro,** v.40, p.233.

tivo passível de controle abstrato de constitucionalidade.[28] Existe entendimento no Brasil de que as súmulas e enunciados dos tribunais não se submetem às regras de vigência aplicáveis às leis, e que o conteúdo material da súmula assume valor meramente paradigmático, sendo ela a cristalização da jurisprudência. Por esse ângulo, não haveria impedimento para os tribunais solverem a controvérsia com base em súmula fixada após a instauração do conflito.[29]

De fato, o Tribunal Superior pode confeccionar a súmula como síntese de sua orientação predominante já manifestada em casos julgados e fazê-la aplicável a fatos anteriores à sua aprovação. O que não parece legítimo, nem justo, é a Corte vacilar por anos a respeito de uma determinada matéria, induzir o comportamento do jurisdicionado para um lado, mas depois reprová-los com projeção radical para todos os feitos pendentes.

Mesmo sem força obrigatória, já se reconhecia no passado que a súmula constitui "*verdadeiro paradigma de comportamento*", pelo menos como modelo jurídico (além de dogmático) de referência a ser seguido pela própria Corte que a editou.[30]

Atualmente, a reforma constitucional de 2004 deu ao STF autorização para editar súmula de observância obrigatória em matéria constitucional (EC 45/2004). Aprovada com força vinculante, a súmula deixa a condição de mero instrumento de interpretação para assumir a categoria de *ato normativo geral*, *abstrato, impessoal* e *obrigatório*, com eficácia *erga omnes*, produto do poder normativo do tribunal que a editou (CF, art. 103-A),[31] cujo descumprimento autoriza reclamação diretamente para o

28 BRASIL. STF. **ADI 594-DF**, Pleno. Min. Carlos Velloso, j. 19.02.92, *RTJ*, 151/20.

29 BRASIL. STF. **Ag. Reg. em AI 137.619-8/DF**,1ª Turma, Min. Celso de Mello, j. 04.08.1992; 2ª Turma, AI 94.421 AgR/RJ, Min. Moreira Alves, j. 21.10.1983, DJ 11.05.1984. O TST assentou que "enunciado não é lei, e, dessa forma, não se aplica a ele a limitação temporal própria daquela, mesmo porque, constituindo a jurisprudência sedimentada do Tribunal, indica que, antes de ser editado, já predominavam os precedentes no sentido do seu conteúdo, o que afasta a alegação de aplicação retroativa" (SBDI 2, ROAR 387.687/97.6, Min. Francisco Fausto, j. 14.11.2000, DJ 7.12.2000).

30 ROCHA, José de Moura. A importância da súmula. *RF*, 257/95; BOTTALO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. *RDP*, v.29, p. 25.

31 NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal***: Processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 94; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 290; GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil:** novas tendências: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Belo Horizonte: DelRey, 2008, p. 04; DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *RePro*, 100/170.

STF (CF, art. 103-A, § 3º).[32]

Com tais características, é fundamental que haja um tempo maior ou menor, conforme a complexidade da matéria, mercê do impacto que poderá causar no tecido social, que proporcione aos destinatários um momento de acomodação à finalidade perseguida pela súmula, cuja dosagem ficará a critério do STF.[33]

Para isso, o regime da súmula vinculante prevê mecanismo para manipular a sua eficácia imediata. Por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, a Corte pode restringir os efeitos do enunciado ou fixar a sua eficácia para só a partir de um determinado momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (Lei 11.417/2006, art. 4º).

5 SEGURANÇA JURÍDICA NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como se viu, o precedente das Cortes Superiores constitui o Direito vigente no país. É norma jurídica que prescreve padrões de comportamento, cria expectativas, produz confiança e influencia todos os setores da vida social, inclusive a condução dos negócios e a economia.[34]

Em contrapartida, é fundamental que haja uma espécie de amortecedor de efeitos e impactos que a mutação jurisprudencial pode causar na vida das pessoas e das instituições.

Nos últimos tempos, existe um movimento de aproximação gradual entre os dois modelos de controle da constitucionalidade a ponto de haver uma "*crescente contaminação dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado*".[35] Assim, o recur-

32 BRASIL. STF, Pleno, **Reclamação 6.483 AgR/SP**, Ministra Cármen Lúcia, j. 17.09.2009, DJ 06.11.2009.

33 ARRUDA ALVIM, J. M. Súmula e súmula vinculante. In: GARCIA MEDINA, José Miguel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:** Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 1156.

34 BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e Organização Judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Processo e Constituiçã:** Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 482; MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? **Revista do Advogado,** AASP, n. 86, p. 28 jul./2006 (Homenagem a Octavio Bueno Magano).

35 BRASIL. STF. **SE 5.206**, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ 30.04.2004; 2ª Turma, RE 475.812-AgR/SP, Min. Eros Grau, j. 13.06.2006, DJ 04.08.2006; 2ª Turma, RE 388.830/RJ, Min. Gilmar Mendes, j. 14.02.2006, DJ 10.03.2006.

so extraordinário vem assumindo a função de instrumento da ordem constitucional objetiva,[36] caminho construído até mesmo em *habeas corpus* e mandado de segurança.[37]

Mas é preciso cautela com esse movimento de mutação da jurisdição constitucional. Determinadas declarações de inconstitucionalidade feitas pela via difusa, a que se tem emprestado efeito vinculante, inclusive autorizando reclamação para quem não era parte no processo de origem, não têm obtido o quorum de 2/3 dos membros do STF, em sessão plenária, como se exige hoje para editar uma súmula vinculante (CF, art. 103-A; Lei 11.417/2006, art. 2º, § 3º).[38]

De qualquer forma, um sinal dessa aproximação entre os dois modelos consiste na modulação dos efeitos do acórdão que espanca a divergência na jurisdição constitucional. Tal mecanismo tem se alargado muito antes de aparecerem as Leis 9.868/99 e 9.882/99, quando o STF imprimia eficácia *ex nunc* em certas declarações de inconstitucionalidade por motivos superiores de segurança jurídica, isso tanto na via difusa quanto na fiscalização abstrata.

A dinâmica vem sendo incorporada, paulatinamente, ao chamado controle difuso, no sentido de haver equivalente técnica de ponderação no

36 DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Novidades em reclamação constitucional: seu uso para impor o cumprimento de súmula vinculante. In: GARCIA MEDINA, José Miguel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 1184; ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. **RePro,** v. 164, p.342; DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 982; WEICHERT, Marlon Alberto. O recurso extraordinário no controle abstrato de constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENGURG, Walter Claudius. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 61.

37 BRASIL. STF. **HC 82.959/SP**, Pleno. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006, *RTJ*, 200-02, p. 795, em especial o longo e profundo voto do Min. Gilmar Mendes; Pleno, MS 24.268/MG, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004, DJ 17.09.2004; Pleno, RE 197.917/SP, Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, DJ 07.05.2004.

38 O STF imprimiu uma espécie de "*efeito vinculante*" (indireto) à declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos) por ocasião do julgamento do HC 82.959-SP. Provocado via reclamação constitucional pela Defensoria Pública da União, o STF determinou ao juízo de Execuções Penais do Estado do Acre que analisasse os requisitos da progressão de regime para condenados por crime hediondo. Na prática, estendeu-se ao Estado do Acre a autoridade de um pronunciamento anterior seu dado num *habeas corpus* oriundo do Estado de São Paulo (STF, Reclamação 4.335-AC, Min. Gilmar Mendes, j. 21.08.2006, DJ 25.08.2006). Todavia, a declaração de inconstitucionalidade se deu por apertada maioria, com diferença de um voto (6x5). Anos depois foi que o STF qualificou oficialmente esse entendimento com efeito vinculante pela Súmula 26, de dezembro de 2009.

precedente do STF que examina matéria constitucional em sede de recurso extraordinário.[39] A Corte Constitucional, dosando os valores e circunstâncias do caso concreto, pode fixar um marco a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade passa a reger a relação jurídica controvertida e os casos pendentes espalhados na estrutura judiciária.

O princípio da segurança jurídica, consagrado no sistema constitucional e infraconstitucional, é o termômetro básico de modulação da eficácia do acórdão proferido pelo STF nas ações e recursos do controle difuso.

Diante desse cenário, a questão que se abre está em saber por que o Superior Tribunal de Justiça, frente a casos complexos que geraram intensa controvérsia, não poderia também eleger critérios para amortecer os efeitos de seu precedente uniformizador?

6 UM CASO PARADIGMÁTICO DE RELEVANTE E INTENSA CONTROVÉRSIA EXPERIMENTADA NA JURISDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO STJ

A técnica de manipulação dos efeitos do precedente que se propõe aqui, seja também utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, deve-se aos resultados desastrosos que a demora na solução de questões profundamente controvertidas é capaz de gerar na vida dos litigantes. São inúmeros os casos paradigmáticos da prática judiciária que suscitam questões relevantes em relação à eficácia retroativa do acórdão que espanca a divergência nos tribunais superiores.

Basta narrar um pequeno exemplo de controvérsia que se instaurou nos órgãos de jurisdição superior. A discussão envolve o juízo de admissibilidade do recurso especial (e extraordinário) e reside em saber se há *desistência*

39 MENDES, Gilmar Ferreira. Limitação de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99: algumas notas. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 29; MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **RePro**, v. 172, p. 214; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. A irretroatividade da mutação jurisprudencial na era da informação tecnológica. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil**: Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 315; DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Processo e Constituição:** Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 982.

tácita para quem não reitera ou adita o pedido de processamento do recurso especial após a oposição de embargos de declaração pela parte contrária.

O STF tinha precedente do final da década de 80 afirmando que *não havia necessidade de reiteração* quando o recurso (extraordinário) fosse devidamente interposto no respectivo prazo:

> Prazo recursal. Se o extraordinário é ajuizado quando ainda se encontra em curso o prazo para sua interposição, pois os embargos de declaração apenas suspendem sua contagem, não é de se considerar como tendo sido ele prematuro. Não há, deste modo, necessidade de o extraordinário, devidamente interposto quando ainda não se expirara o prazo, vir a ser reiterado, como se exige na hipótese de embargos de divergência interposto prematuramente.[40]

Por anos, o STJ também anunciou ser "*descabida*" a exigência de ratificação do recurso especial quando não há alteração alguma no conteúdo do julgamento, porquanto tal procedimento constituía um "*excessivo apego à forma*", um "*excesso de formalismo*".

Tal orientação não era pacífica, mas teve apoio de vários órgãos fracionários do STJ, como a 1ª, 4ª e 6ª Turmas, que dispensavam o recorrente do ônus de reiterar o recurso após julgamento dos embargos de declaração.[41]

No entanto, a Corte Especial se reuniu em 18 de abril de 2007 para uniformizar a questão até então divergente, definindo a solução no sentido diametralmente contrário. Passou-se a considerar *prematuro* o recurso, classificado de *intempestivo*, se não houver aditamento ou reiteração da parte após o julgamento de eventual embargo de declaração.

O julgamento do RESP 776.265/SC, para cujo acórdão foi designado o Ministro CESAR ASFOR ROCHA, condensou a orientação de ser *prematura* a interposição de recurso especial antes do resultado dos embargos de declaração, quando ainda não esgotada a instância ordinária pela

40 BRASIL. STF. **AI 132.235/DF**, 2ª Turma, Min. Aldir Passarinho, j. 12.12.1989, DJ 09.03.1990.

41 BRASIL. STJ. **REsp** 323.173/RS, 4ª Turma. Min. Barros Monteiro, j. 06.08.2002, DJ 28.10.2002; STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 441.016/RJ, Min. Paulo Gallotti, j. 25.06.2004, *RT*, 856/147; STJ, 1ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 459.472/SC, Min. Luiz Fux, j. 22.02.2005, DJ 04.04.2005.

interrupção do prazo.[42-43]

A solução é ainda mais incompreensível quando se sabe que a própria Corte Especial, em outra oportunidade, havia assentado que, diante da atual sistemática de publicidade das decisões monocráticas ou colegiadas divulgadas por meio eletrônico, o Judiciário deveria se adequar à moderna forma de publicação pela Internet.[44]

Mas o fato é que, em abril de 2007, como se viu, a orientação que prevaleceu na Corte Especial do STJ foi na direção de considerar *prematura* a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, porque ainda não esgotada a instância ordinária.

E mais. Na direção oposta ao que já havia ponderado uma de suas turmas após o julgamento uniformizador de abril de 2007,[45] a Corte Especial reafirmou a necessidade de ratificação do recurso, sob pena de intempestividade, e ainda achou por bem conferir *efeito retroativo* àquele acórdão uniformizador.

Por maioria, a Corte Especial entendeu que a orientação dada com o julgamento de abril de 2007 deveria ser aplicada inclusive para os processos em curso, cujo recurso tenha sido interposto antes daquela decisão uniformizadora. Ficaram vencidos os Ministros JOSÉ DELGADO, relator originário do recurso, FELIX FISCHER, GILSON DIPP e JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.[46]

Em outro julgamento de Embargos de Divergência, dessa vez a 1ª Seção deixou bem claro que "*A circunstância de a interposição do recurso es-*

42 BRASIL. STJ. **REsp** 776.265**/SC**, Corte Especial. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 18.04.2007, **Diário da Justiça,** 06.08.2007. O STF também segue o mesmo caminho: 2ª Turma, RE 421.232/SE, Min. Cezar Peluso, j. 14.04.2009, **Diário da Justiça,** 22.05.2009.

43 A doutrina mais autorizada criticou duramente essa postura do recurso prematuro (BARBOSA MOREIRA, J. C. **Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos**: Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 275 - Nona Série).

44 BRASIL. STJ. AgRg nos EREsp 492.461/MG, Corte Especial. Ministra Eliana Calmon, j. 17.11.2004, **Diário da Justiça**, 23.10.2006.

45 STJ: "A decisão da Corte Especial deste Sodalício (julgamento em 18/04/2007) no sentido de ser o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, prematuro e incabível, por devendo ser reiterado ou ratificado no prazo recursal, não pode ser aplicada com efeitos retroativos às situações anteriores à sua publicação. 2- No caso, o recurso especial da ora agravante foi interposto em 06 de outubro de 2006, quando ainda não havia se formado o entendimento da Corte Especial do STJ no sentido acima explicitado" (1ª T., AgRg no Ag 827.293/RS, Min. José Delgado, j. 25.09.2007, DJ 22.11.2007).

46 BRASIL. STJ, EREsp 933.438/SP, Corte Especial, relator para acórdão Min. Fernando Gonçalves, j. 21.05.2008, **Diário da Justiça**, 30.10.2008.

pecial haver ocorrido em momento anterior à publicação do julgamento acima citado não dá ensejo a qualquer alteração, porquanto é inerente o conteúdo declaratório do julgado já que o posicionamento ali apresentado apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei".[47]

Eis aqui o ponto problemático da discussão. A divergência que se instalou no seio da mais alta Corte brasileira na matéria induziu entendimentos e criou expectativas no jurisdicionado, mas depois produziu o temido efeito surpresa.

Se a regra está vigente há muito tempo, por que o STJ não a aplicava antes de agosto de 2007?[48]

Depois de todo um período de profunda perplexidade, durante o qual o próprio STJ esteve indeciso, ora dispensando o ônus da reiteração, por considerá-lo *ilegítimo*, *formalista* e *incabível*, ora exigindo tal comportamento do recorrente, o jurisdicionado ainda é pego de surpresa com decisões que têm efeito para o passado, época em que não havia consenso mínimo sobre o assunto.

7 MANIFESTAÇÕES (VENCIDAS) NA LINHA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O resultado final de todo esse desdobramento é que a pessoa (física ou jurídica) que confiou no órgão mais alto do Poder Judiciário e fez *projeção legítima* na época de que poderia se comportar de determinada forma durante o procedimento recursal, uma vez que não lhe seria exigido qualquer "*excessivo apego à forma*" ou "*excesso de formalismo*", recebeu depois, anos depois, o recado de que o seu recurso não pode ser julgado por um defeito formal de interposição.

Mas qual defeito? O fato de haver chegado cedo demais ao protocolo do tribunal, mesmo que os embargos de declaração da parte contrária, interpostos na última hora, não tenham gerado qualquer modificação no julgamento.

47 BRASIL. STJ. EREsp 963.374/SC, , 1ª Seção, Min. Mauro Campbell Marques, j. 13.08.2008, **Diário da Justiça**, 01.09.2008.

48 FARIA, Márcio Carvalho. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais. **Revista de Processo**, n. 167, São Paulo, p. 250, jan., 2009.

O mais preocupante de tudo isso é saber que nem a Corte Especial obteve unanimidade sobre a questão, o que só demonstra o grau de dúvida objetiva proporcionada nos próprios ministros, nos tribunais estaduais e também no jurisdicionado.

Na ocasião, o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA apontou o paradoxo da solução dizendo que "*Se a lei, editada pelo legislador, deve reger para o futuro, as decisões que interpretam a lei podem retroagir causando insegurança jurídica*".

O relator vencido, Ministro JOSÉ DELGADO, também fez questão de anotar que "*é de ser observado que, quando da interposição do recurso especial em 23/02/2006, ainda não havia sido formado o entendimento deste STJ no sentido acima explicitado, não podendo alcançar as embargantes e causar-lhes prejuízos*".[49] Concluiu o Ministro DELGADO que o "*excesso de rigor formal não se coaduna com o objetivo do direito processual moderno, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC)*".

De fato, o sistema constitucional brasileiro não autoriza consequências absurdas como as que se apresentam no exemplo dado acima. O grande CARLOS MAXIMILIANO dizia que o Direito (sistema jurídico) deve ser interpretado inteligentemente, de forma que a interpretação não produza absurdos ou conclusões inconsistentes e impossíveis.[50]

8 DIREITO ADQUIRIDO À MANUTENÇÃO DO ATO JURÍDICO PRATICADO NO REGIME DA DÚVIDA OBJETIVA

A preocupação com a disciplina do fenômeno intertemporal deve ser compreendida como questão de caráter constitucional. A previsibilidade é princípio nuclear e essencial à sobrevivência das sociedades e Estados capitalistas que fundamentam sua estrutura econômica na circulação de riqueza e no comércio.[51]

A Constituição Federal de 1988 não autoriza que os tribunais superiores – encarregados de uniformizar a jurisprudência para todo o território

49 BRASIL. STJ. EREsp 933.438/SP, Corte Especial, relator para acórdão Min. Fernando Gonçalves, j. 21.05.2008, **Diário da Justiça,** 30.10.2008.

50 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Interpretação do Direito**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 166.

51 CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei.** São Paulo: RT, 1995, p. 306.

nacional – formulem soluções com projeção radical para o passado, nos casos em que nem o próprio tribunal chegou a um consenso entre seus ministros e órgãos fracionários (CF, art. 5º, *caput*, inc. XXXVI).

No Estado democrático de Direito, fundado no princípio da segurança jurídica, a solução encontrada pelos tribunais superiores, como produto de uma profunda fase de controvérsia que se espalhou por tribunais da federação e se instalou entre órgãos internos e ministros da própria Corte Superior, não pode apanhar o jurisdicionado de assalto como solução surpresa. O fenômeno é tanto mais preocupante quando se sabe que até mesmo a Corte Especial do STJ e o plenário do STF, não poucas vezes, decidem de forma *não unânime* a controvérsia.

A divergência é fenômeno natural à estrutura do Direito como processo de comunicação e instrumento de linguagem, mas o sistema impõe limites de tolerância. O processo não pode ser veículo de "*golpe*", de assalto, de loteria, de surpresa para as partes.

No âmbito dos provimentos de urgência, qualquer das espécies (tutela cautelar ou antecipatória) é cabível para se mover nos casos controvertidos na jurisprudência dos tribunais. A chamada *dúvida objetiva* legitima o uso de qualquer das vias de postulação de urgência no cenário de reconhecida divergência jurisprudencial.[52]

No procedimento recursal, a Professora TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER afirma que "A complexidade do nosso sistema recursal não pode se converter em elemento que transforma o processo em campo minado para as partes". Existem discussões interessantes e sedutoras – ensina ela – "mas o que de fato realmente importa como dogma no processo é que as partes não podem ser surpreendidas. Não podem caminhar pelo processo como caminham as pessoas em ruas e becos escuros, sempre à espera de um assaltante. Criar no processo um clima como esse é, com a mais absoluta certeza, uma deformação capaz de comprometer o Estado de direito".[53]

A lição não é nova. A preocupação da doutrina com a chamada *dúvida objetiva*, a dúvida gerada pela divergência jurisprudencial, já foi exami-

52 MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de sistematização. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 398, jul./ago., p. 91-131, 2008; **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 76-131, jan., 2009.

53 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Hipótese de cabimento dos embargos infringentes (a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes). **Revista de Processo**, n. 171, maio, 2009, p. 33.

nada há muitas décadas. No passado, SEABRA FAGUNDES entendia que só se pode negar acesso a recurso quando interposto sob *erro evidentemente grosseiro*, sem margem à dúvida. O erro do recorrente só pode ser considerado grosseiro "*desde que se discrimine o recurso no texto legal e esta discriminação se apresente tão flagrantemente clara, que nem os comentadores, nem os tribunais, sejam levados a divergir no interpretá-lo*".[54]

A dúvida objetiva que se verifica no cabimento dos provimentos de urgência e dos recursos serve para passar a lição de que o litigante não comete um erro jurídico durante o período em que o tribunal superior diverge profundamente entre suas turmas e ministros.

É necessária e justa uma dose de tolerância para com aqueles que assistiram perplexos ao espetáculo de paradoxos, contradições, polêmicas e discussões (muitas vezes ácidas) em que se viu mergulhada a Corte, até o dia em que a questão específica, às vezes vários anos depois, vem a ser definida. O precedente uniformizador não pode apanhar de assalto e prejudicar a vida dos sujeitos que confiaram nas *regras do jogo* então anunciadas pela autoridade máxima na hierarquia judiciária do país.

O estado de dúvida gerado no espírito do litigante, sobretudo quando essa perplexidade foi provocada pelo próprio Poder Judiciário através de seus órgãos de cúpula encarregados de solver os conflitos do sistema, só pode ser interpretado *para facilitar o acesso da pessoa à Justiça*, preservando seus direitos fundamentais, e não para obstruí-los com soluções feitas de surpresa.

A segurança jurídica do Estado democrático de Direito – observa o professor HUMBERTO THEODORO JR. – impõe sejam os atos normativos editados com precisão e determinação.[55] Segurança não significa engessamento da jurisprudência. A jurisprudência deve evoluir e acompanhar as transformações do seu tempo, mas com previsibilidade e segurança nesse movimento de evolução e transformação.[56]

54 SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Dos recursos ordinários em matéria civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1946, n. 166, p. 163.

55 THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil:** *Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 200.

56 ARRUDA ALVIM, J. M. Súmula e súmula vinculante. In: GARCIA MEDINA, José Miguel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:** *Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 1147; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. A irretroatividade da mutação jurisprudencial

Só se pode exigir do jurisdicionado correção de comportamento se os tribunais superiores forem capazes de proporcionar confiança, certeza e previsibilidade em seus posicionamentos. Não se pode exigir de ninguém o grau de certeza que as cortes de uniformização não tiveram no exercício de sua função de definir os direitos e obrigações em nível máximo de jurisdição.

Toda ordem jurídica – ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO – tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança nas pessoas quanto a seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para prever as consequências do seu descumprimento.[57]

É regra tradicional do sistema brasileiro que a lei processual é criada para entrar em vigor e reger de imediato os processos em tramitação que encontrar pela frente, respeitados os atos processuais já praticados (CPC, art. 1.211).[58] Em equivalente circunstância, a lei interpretativa também não deve retroagir para prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito,[59] sobretudo quando ela não representa fielmente o verdadeiro e autêntico sentido da norma que se quis interpretar.[60]

Se a norma opera para o futuro, apanhando os atos a serem praticados, a norma jurídica concreta embutida no precedente uniformizador, que resolve uma dúvida da lei processual, também haverá de respeitar os atos praticados sob o império das interpretações duvidosas do passado.

No âmbito dos instrumentos de acesso à Justiça, o princípio da segurança jurídica garante à parte, em determinados casos, o direito (adquirido) à manutenção do ato jurídico realizado de acordo com a orientação dada pela Corte Superior.

---

na era da informação tecnológica. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil***: Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 308; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001, p. 24. Cf. recente estudo: Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **RePro,** v.172, p.145.

57 DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **RePro,** v.100, p.182.

58 LAURIA TUCCI, Rogério**. Irretroatividade das leis processuais:** Enciclopédia Saraiva do Direito. LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 46, p. 248.

59 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Irretroatividade das leis:** *Enciclopédia Saraiva do Direito*. LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 46, p. 248; MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? **Revista do AASP,** n. 86, jul./2006, p. 26 **Advogado** (Homenagem a Octavio Bueno Magano).

60 SORRENTINO, Federico. *Le fonti del diritto*. Genova: ECIG, 1992, p. 61.

Há um direito adquirido à manutenção do ato jurídico praticado sob o regime da dúvida objetiva na medida em que a parte reuniu as condições legais então exigidas pela lei, na ótica de quem tinha a última palavra na matéria.

No fundo, é esse o espírito que governa o princípio da fungibilidade: resguardar o direito de acesso à Justiça de quem se viu mergulhado em meio à instabilidade jurisprudencial na ocasião em que nem o STJ apresentava resposta definida sobre o assunto.

A função social do processo é proporcionar aplicação justa do sistema normativo, com segurança e previsibilidade para as partes litigantes, à luz do *acesso adequado à Justiça* (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII).[61]

9 TEMPERAMENTOS DO SISTEMA CONTRA O FENÔMENO DA RETROATIVIDADE

Não bastasse a vontade da Constituição, expressa na cabeça do seu art. 5º, o sistema jurídico infraconstitucional dá sinais claros de que a alteração de entendimento pelos órgãos oficiais não deve apanhar as pessoas de surpresa.

A Lei 9.784/99, que disciplina o processo na administração pública federal, a par dos princípios ali enunciados, entre os quais o da segurança jurídica, determina que a interpretação da norma administrativa deve garantir, da melhor forma, a finalidade pública a que se dirige, sendo *vedada aplicação retroativa de nova interpretação* (art. 2º, XIII).

Um outro sinal inequívoco do sistema, no sentido de ser avesso à retroatividade de soluções jurisprudenciais, consiste na aplicação que se tem ainda hoje da Súmula 343 do STF, em nível infraconstitucional. Esse enunciado veda o cabimento de ação rescisória para rediscutir decisão judicial que adotou interpretação controvertida nos tribunais na época em que a

61 MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Processo e Constituição:** *Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 684. Sustentamos que essa garantia fundamental tem várias dimensões. Com ela, o Estado assume o compromisso de prestar uma *tutela jurisdicional adequada* aos fins visados pelo ordenamento constitucional. Em outras palavras, a Constituição impõe seja oferecido ao indivíduo e à coletividade o *acesso adequado* ao modelo constitucional do processo, o que corresponde à obtenção de uma tutela *legítima* quanto ao seu conteúdo, *tempestiva* quanto à sua prestação, *universal* quanto à gama de conflitos abarcados e seus beneficiários, e *efetiva* quanto aos resultados concretos atingidos (A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 124, p. 76, .jun. 2005.

lide de origem foi resolvida.[62]

A Lei 11.417/2006 prevê a técnica para manipular a eficácia imediata da súmula vinculante. Por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, a Corte (falando do STF) pode restringir os efeitos do enunciado ou fixar a sua eficácia para só a partir de um determinado momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º).

Como se vê, o critério legal previsto para temperar a eficácia da súmula vinculante é o mesmo estatuído no controle abstrato de constitucionalidade (Lei 9.868/99, art. 27; Lei 9.882/99, art. 11).

Se a emenda constitucional – que requer um *quorum* rigoroso de 3/5 para ser aprovada em dois turnos e em cada uma das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 60) – *não pode retroagir para prejudicar as relações jurídicas constituídas sob o império da norma anterior*, o precedente judicial também não pode se voltar para o passado, desfazendo relações aparentemente constituídas de boa-fé e que, muitas vezes, foram influenciadas por orientação do próprio tribunal de superposição.[63]

10 UMA PROPOSTA PARA O INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

No Direito Comparado, existem sinais de mudança em alguns sistemas afeitos à técnica retrospectiva. Na Inglaterra, tradicional na concepção de que o precedente apenas declara um Direito preexistente, a jurisprudência tem flexibilizado o rigor da orientação clássica para dar um alcance prospectivo ao precedente revogador.[64]

Nos Estados Unidos, a doutrina chega a classificar de *anacrônica* a concepção de que a função do Poder Judiciário consiste tão-só em dizer o que a lei é, como se o juiz fosse imune a valores morais e políticos subjacentes ao fenômeno jurídico. É a falsa ideia segundo a qual "*The judicial role is to say what the law is, not to prescribe what it shall be*".[65]

62 Súmula 343 do STF: "*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*".

63 MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente**? Revista do Advogado AASP**, n. 86, jul./2006, p. 28 (Homenagem a Octavio Bueno Magano).

64 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 167.

65 FALLON, Richard H.;MELTZER, Daniel. New law, non-retroactivity, and constitutional remedies. **Harvard Law Review**, v. 104, 1991, p. 1759.

HANS KELSEN dizia que a verdade está no meio termo. Para ele, era tão exagerado o modelo da *common law* anglo-americana, segundo o qual somente os tribunais criam Direito, como também é desproporcional um sistema, como o da Europa Continental, que prega não poderem os tribunais criar, mas tão-somente aplicar o Direito já criado. Segundo o teórico austríaco, ambos os modelos pecam pelo excesso. A verdade está no meio: "Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica".[66]

Portanto, a proposta que se vem de fazer é fruto de uma preocupação com a falta de justa dosagem para os efeitos do julgamento que uniformiza a jurisprudência no Brasil. Uma solução pode ser pensada a partir da colocação de um parágrafo primeiro no art. 479 do CPC, tendo por parâmetro o regime atual da súmula vinculante e do controle abstrato de constitucionalidade:[67]

> Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.
> § 1º. O precedente uniformizador, mesmo não constituindo súmula, tem eficácia imediata, mas o tribunal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os seus efeitos ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.
> § 2º. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

A mesma proposta pode ser estendida aos regimentos internos do STF e do STJ, a fim de ser aplicada a manipulação dos efeitos do precedente uniformizador no julgamento dos embargos de divergência (RISTF, art. 336 e RISTJ, art. 267), no incidente de uniformização de jurisprudência (RISTJ, art. 119) e no procedimento

66 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 272.
67 Lei 11.417/2006, art. 4º; Lei 9.868/99, art. 27; Lei 9.882/99, art. 11.

de assunção de competência (CPC, art. 555, § 1º; RISTJ, art. 16, inc. IV).

A ideia de temperar os efeitos do precedente é uma questão de necessidade prática, de conveniência e justiça,[68] mas sem perder contato com a plataforma constitucional do sistema.[69]

11 CONCLUSÃO

Assim, conclui-se:

a) o sistema constitucional brasileiro assegura que a lei não pode retroagir para prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada;
b) os precedentes paradigmáticos dos tribunais superiores são fontes de Direito e definem padrões de comportamento com repercussão em todos os setores da vida social;
c) a Constituição, fundada no Estado democrático de Direito, protege as relações jurídicas contra a retroatividade do precedente judicial construído após intenso e relevante estado de divergência instalada na própria Corte Superior;
d) a função social do processo é proporcionar aplicação justa do sistema normativo com segurança e previsibilidade para as partes litigantes à luz do acesso adequado à Justiça;
e) o estado de intensa e relevante controvérsia entre órgãos e ministros da Corte Superior produz um direito adquirido contra a aplicação retroativa do precedente uniformizador de jurisprudência;
f) o precedente uniformizador de controvérsia não pode apanhar de surpresa e prejudicar a vida dos sujeitos que confiaram nas regras do jogo então anunciadas pela autoridade máxima na hierarquia judiciária do país;
g) o estado de dúvida gerado no espírito do litigante, sobretudo quando essa perplexidade foi provocada pelo próprio Poder Judiciário, através de seus órgãos de cúpula encarregados de solver os conflitos do sistema, só pode ser interpretado para facilitar o

68 FALLON, Richard H.; MELTZER, Daniel. New law, non-retroactivity, and constitutional remedies. **Harvard Law Review**, v. 104, 1991, p. 1833.

69 MENDES, Gilmar Ferreira. Limitação de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99: algumas notas. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Constituição e processo***: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 32.

acesso da pessoa à Justiça e preservar seus direitos fundamentais;

h) em determinados casos complexos, é legítima a técnica da modulação com efeitos *ex nunc* do acórdão do STJ que, em sede de recurso especial e embargos de divergência, uniformiza a jurisprudência após uma fase de profunda controvérsia no seio do próprio tribunal;

i) como proposta de reforma legislativa, o art. 479 do CPC poderia ter um parágrafo primeiro para dizer que o precedente uniformizador, mesmo não constituindo súmula, tem eficácia imediata, mas o tribunal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os seus efeitos ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Irretroatividade das leis.** *Enciclopédia Saraiva do Direito*. LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 46.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. **RePro**, v.164.

ARRUDA ALVIM, J. M. **A argüição de relevância no recurso extraordinário.** São Paulo: RT, 1988.

_____. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil,** n. 17, 2000.

_____**. Súmula e súmula vinculante.** In: GARCIA MEDINA, José Miguel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:** Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.** São Paulo: RT, 2001.

_____. Hipótese de cabimento dos embargos infringentes (a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 171, maio, 2009.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **RePro,** v. 172.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos.** São Paulo: Saraiva, 2007. *(*Temas de direito processual civil - Nona Série).

_____. **Súmula, jurisprudência, precedente:** uma escalada e seus riscos**.**. São Paulo: Saraiva, 2007. (Temas de direito processual - Nona Série).

BENETI, Sidnei Agostinho. **Doutrina de precedentes e Organização Judiciária.** In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Processo e Constituição:** Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

BOTTALO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das súmulas do STF, segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. **RDP,** v. 29.

BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei.** São Paulo: RT, 1995.

CARVALHO, Ivan Lira. Decisões vinculantes**. RT,** v. 745.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário:** Linguagem e Método. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CÔRTES, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica.** São Paulo: RT, 2008.

CRUET, Jean. **La vie du droit et l'impuissance des lois.** Paris: Ernest Flammarion, 1920.

DIDIER JR., Fredie**.** Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson & ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Processo e Constituição:** Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes**. RePro,** v. 100.

FALLON, Richard H. ;MELTZER, Daniel. New law, non-retroactivity, and constitutional remedies. **Harvard Law Review,** v. 104, 1991.

FARIA, Márcio Carvalho. **A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária** (?) **de alguns recursos excepcionais. Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, jan. 2009.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. A irretroatividade da mutação jurisprudencial na era da informação tecnológica. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil**: Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Salvador: JusPODIVM, 2007.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica**. RF,** v. 380.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAURIA TUCCI, Rogério. **Irretroatividade das leis processuais:** Enciclopédia Saraiva do Direito. LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 46.

LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **RePro,** v. 43.

MALLET, Estêvão. **A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? Revista do Advogado -** AASP, n. 86, jul./2006. (Homenagem a Octavio Bueno Magano).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 3.ed. São Paulo: RT, 2007.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile.** 8.ed. Torino: G. Giappichelli, 1991, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **RePro,** v. 172.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Interpretação do Direito.** 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de sistematização. **Revista de Processo**, n. 167, São Paulo: RT, janeiro, 2009.

_____. **O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo.** In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Processo **e Constituição:** Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

_____**.** A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 124, jun. 2005.

_____. O julgamento liminar de improcedência: uma leitura sistemática da Lei 11.277/2006. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 165, nov. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitação de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99: algumas notas. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Constituição e processo***:* a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. **Recursos no Processo Civil.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de. **L'esprit des lois – Défense de l'Esprit des Lois.** Paris: Ernest Flammarion, s/d, t. I.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional.** 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal:** Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **RDA,** v. 145.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da Teoria Geral do Direito. **RePro,** v. 40.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Novidades em reclamação constitucional: seu uso para impor o cumprimento de súmula vinculante. In: GARCIA MEDINA, José Miguel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

ROCHA, José de Moura. A importância da súmula. **RF**, v. 257.

ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. **RT,** v. 879.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Dos recursos ordinários em matéria civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1946.

_____. A Reforma do Poder Judiciário e a Reestruturação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense,** v. 215, 1966.

SORRENTINO, Federico. **Le fonti del diritto.** Genova: ECIG, 1992.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá, 2008.

THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima**. Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil***: Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. Salvador: JusPODIVM, 2007.

WEICHERT, Marlon Alberto. O recurso extraordinário no controle abstrato de constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENGURG, Walter Claudius. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: RT, 2001.

Correspondência | Correspondence:

Gustavo de Medeiros Melo
SGAS 915, Lote 71, Bloco D, sala 304, CEP 70.390-150. Brasília, DF, Brasil.
Fone: (61) 3345-6233.
Email: gustavomelo@supersonico.com.br

Recebido: 19/05/2010.
Aprovado: 20/06/2010.