

RAFAEL MENDES DE LIMA

Modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Estêvão Mallet

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

RAFAEL MENDES DE LIMA

Modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Associado Dr. Estêvão Mallet.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

Lima, Rafael Mendes de

Modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência/Rafael Mendes de Lima:
orientador Estêvão Mallet -- São Paulo, 2016.

121 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e da
Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

1. Jurisprudência. 2. Vinculação. 3. Alteração. 4. Modulação. I. Mallet, Estêvão,
orientador. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Estêvão Mallet, não apenas por ter aceitado orientar esse estudo, mas principalmente pelo exemplo singular de pessoa, jurista e professor, cujo brilhantismo tanto me inspirou na realização do trabalho. Agradeço imensamente o grande interesse e disponibilidade na orientação do trabalho, que foram fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa, bem como pela convivência acadêmica ímpar que me foi proporcionada.

Aos Doutores Fernando Lima Bosi e Sueny Andrea Oda, amigos para a toda vida, que tanto incentivaram e apoiaram meu ingresso e aprofundamento na carreira acadêmica.

Aos Doutores Ian Oliveira de Assis, Marcelo Duchovni Silva e Eric Keller Tavares de Camargo, muitos mais que sócios e verdadeiros irmãos por seu apoio incondicional na realização do curso.

DEDICATÓRIA
À Renata e Laura, a quem dedico todo meu
esforço, com muito amor e gratidão.

RESUMO

LIMA, Rafael Mendes de. *Modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência*. 2016. 121 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

No sistema romano-germânico, a jurisprudência sempre teve papel secundário como fonte de direito, entretanto, no direito brasileiro, desde a época colonial sempre existiram institutos que concediam à jurisprudência papel mais relevante que, ao logo do tempo, disseminaram-se pelo ordenamento até as recentes alterações promovidas pelas Leis 13.015/14 e 13.105/15 que conferiram protagonismo inédito às decisões judiciais, introduzindo regras gerais de vinculação e modulação dos efeitos temporais da alteração da jurisprudência. Inegável que as novas regras são características cotidianas do *common law* e entender o funcionamento desses institutos em seus redutos originários, especialmente o *stare decisis* e o *overruling*, é de vital importância para sua correta compreensão e, por conseguinte, de uma aplicação adequada e menos traumática à nossa realidade jurídica. Analisado o direito estrangeiro, serão apresentadas as previsões legais autorizativas de modulação dos efeitos da jurisprudência no tempo, objetivando identificar quais decisões judiciais passaram a possuir observância obrigatória, bem como os mecanismos criados para garantir tal premissa para, em seguida, analisar os procedimentos aplicáveis à eventual superação de tais entendimentos. Consolidadas as possibilidades e procedimentos de superação de precedentes, adentrando diretamente no instituto da modulação de efeitos, será buscada a correta compreensão do alcance das normas que tratam do assunto, analisando-se quais decisões estão sujeitas a sofrer limitação de efeitos e, por fim, as técnicas que podem ser utilizadas para materializá-la.

Palavras-chave: Jurisprudência. Vinculação. Alteração. Modulação.

ABSTRACT

LIMA, Rafael Mendes de. *Prospective Overruling*. 2016. 121 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

In the Roman-Germanic system, jurisprudence has always played a secondary role as a source of law; however, in Brazilian law, since the colonial period there have always been institutes that gave jurisprudence a more relevant role, which in the course of time spread through the order to recent ones amendments introduced by Laws 13,015 / 14 and 13,105 / 15, which have given unprecedented prominence to judicial decisions, introducing general rules of binding and prospective effects to the overruling. It is undeniable that the new rules are characteristics of the common law, and understand the functioning of these institutes in their original strongholds, especially stare decisis and overruling, is very important for their correct understanding and, therefore, of an adequate application to our legal reality. Once the foreign law has been analyzed, the authorizing legal provisions that gives prospective effects to the jurisprudence will be presented, aiming at identifying which judicial decisions have become mandatory, as well as the mechanisms created to guarantee this premise, and then to analyze the procedures applicable to the possible overcoming of such understandings. Consolidated the possibilities and procedures of overruling precedents, analysing directly the institute of prospective overruling, will search for the correct understanding of the scope of the norms that deal with the subject, identifying which decisions are subject to be limited of effects and, finally, the techniques that can be used to materialize it.

Keywords: Jurisprudence. Stare decisis. Overruling. Prospective overruling.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	13
1.1 A teoria geral do direito e o caráter puramente exegético da jurisprudência	14
1.2 As técnicas de consolidação de jurisprudência dominante	17
1.2.1 Os assentos dos períodos colonial e imperial	18
1.2.2 O prejulgado	20
1.2.3 As súmulas do Supremo Tribunal Federal.....	21
1.2.4 As súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.....	22
1.3 A Constituição Federal de 1988.....	23
1.4 As reformas do Código de Processo Civil da década de 1990	25
1.5 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e legislação infraconstitucional dela decorrente	26
1.6 A Lei Federal nº 13.015/2014.....	28
1.7 O novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015)	30
1.7.1 Técnicas de valorização da jurisprudência aperfeiçoadas	31
1.7.2 Técnicas de valorização da jurisprudência inovadoras.....	34
2. A EXPERIÊNCIA DO <i>COMMON LAW</i>	37
2.1 O papel da jurisprudência no sistema da <i>Common Law</i>	37
2.1.1 A vinculação de precedentes no direito inglês.....	39
2.1.2 A vinculação de precedentes nos Estados Unidos da América	41
2.1.3 Fundamentos da vinculação de precedentes	43
2.2 A alteração de precedentes – <i>OVERRULING</i>	47
2.2.1 <i>Anticipatory overruling</i>	51
2.3 Modulação dos efeitos da alteração de precedentes	53
2.4 Técnicas de modulação dos efeitos da alteração de precedentes.....	57
2.4.1 Formas de <i>Prospective overruling</i>	58
3. EFEITOS TEMPORAIS DA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	62
3.1 Conceito clássico dos efeitos da alteração da jurisprudência	62
3.2 Conceito moderno de limitação dos efeitos da alteração da jurisprudência anterior à positivação	63
3.3 A positivação do caráter não necessariamente retroativo da jurisprudência	69
3.3.1 Leis federais nº 9.868/1999 e 9.882/99.....	70
3.3.2 Lei federal nº 11.417/2006.....	76
3.3.3 Lei federal nº 13.015/2014	77
3.3.4 Lei federal nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)	82

3.4 Alteração de jurisprudência	84
3.4.1 Critérios para alteração de jurisprudência	85
3.4.2 Procedimentos para alteração de jurisprudência.....	92
3.4.3 Alteração/superação antecipada (<i>Anticipatory overruling</i>)	95
3.5 A modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência	97
3.5.1 Requisitos justificadores de modulação.....	98
3.5.2 Procedimentos de modulação	103
3.5.3 Técnicas de modulação dos efeitos da alteração de jurisprudência.....	107

CONCLUSÃO	113
------------------------	------------

REFERÊNCIAS	118
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

Em razão das recentes alterações legislativas ocorridas com a edição das Leis 13.015/2014 e 13.105/2015, que conferem protagonismo inédito às decisões judiciais no sistema legal, pelas regras de vinculação, bem como passam a autorizar expressamente a modulação dos efeitos temporais da alteração jurisprudência em caráter geral, buscar compreender a forma mais adequada de aplicação desses institutos se mostra relevante e necessário.

Em outras palavras, analisar criteriosamente os dispositivos legais que preveem a modulação dos efeitos da alteração jurisprudência, investigando quais tipos de decisão judicial são passíveis de modulação; os requisitos que autorizam a limitação dos efeitos retroativos do novo entendimento e, ainda, como se deve adotar tal medida, são questões atuais e que somente ganharão importância para os operadores do direito.

É fato que a concessão de força vinculante aos precedentes judiciais, bem como a mitigação dos seus efeitos no tempo, não são algo inédito no ordenamento jurídico nacional. Entretanto, nunca tais regras foram estabelecidas com o caráter geral de agora, sendo certo que as experiências anteriores foram bem mais restritas a situações específicas.

Para melhor compreensão da amplitude de tais alterações, objetivar-se-á traçar a evolução do papel da jurisprudência no ordenamento jurídico, demonstrando que as decisões judiciais, ainda que pelos institutos isolados desde a época colonial sempre possuíram mecanismos de consolidação de entendimento e norteamo de condutas futuras.

Com efeito, partindo dos assentos coloniais, passando pelos prejulgados, súmulas de jurisprudência dominante, decisões em controle concentrado de constitucionalidade com efeito *erga omnes*, e ainda, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal, percebe-se claramente a ampliação do papel das decisões judiciais no sistema jurídico.

Nessa linha, muito em razão da crise de demanda que assola o Poder Judiciário, especialmente nos últimos 20 anos, a importância da jurisprudência tem aumentado significativamente, e sua valorização claramente constitui o caminho escolhido pelo legislador para superação do acúmulo e lentidão dos processos, sendo que o novo Código de Processo Civil, ao estabelecer ampla vinculação de precedentes, consagra essa tendência.

Feita a contextualização histórica, não se pode perder de vista que as novas regras são características cotidianas do *common law*, que tem seu funcionamento intimamente

ligado à vinculação de precedentes, vez que o *stare decisis* constitui instituto de extrema relevância nesse sistema legal.

Por conta disso, doutrina e jurisprudência reconhecem que a importação dessas técnicas resulta em aproximação do nosso sistema jurídico ao do *common law*, o que demanda análise atenta de seus princípios e sua sistemática, especialmente no que tange à formação, valorização e possíveis alterações de precedentes.

Assim, uma vez escolhida a adoção de técnicas de direito estrangeiro, entender o funcionamento desses institutos em seus redutos originários é de vital importância para sua correta compreensão e, por conseguinte, de uma aplicação adequada e menos traumática à nossa realidade jurídica.

Isso porque, optando-se pelo modelo de vinculação de precedentes, a relevância e os impactos sociais da jurisprudência mostram-se significativamente potencializados, o que impõe aos julgadores novas responsabilidades, não apenas na formação de seus posicionamentos, mas também em eventuais alterações de entendimento.

Não se pode perder de vista que a vinculação de precedentes altera o paradigma de funcionamento do sistema legal, impondo ainda mais atenção às decisões judiciais, exigindo maior cautela e fundamentação específica na formação da jurisprudência e, sem dúvida, em possíveis modificações.

Justamente por isso, a correta compreensão do instituto do *stare decisis*, seus fundamentos, amplitude e formas de vinculação, é essencial para a adequada observância dos parâmetros de atuação do Poder Judiciário, pretendidos pelo legislador com as recentes alterações legislativas.

Compreendida a vinculação de precedentes no *common law*, a larga experiência desse sistema no trato de decisões judiciais de caráter obrigatório no tempo, mostra ser igualmente valioso assimilar como ele trabalha com a evolução do direito e a natural necessidade de atualização dos entendimentos.

Essa superação, o *overruling*, já é de longa data utilizada com muita cautela e responsabilidade, especialmente diante da consciência acerca dos impactos sociais gerados pela modificação de uma regra anteriormente estabelecida, cuja observância era obrigatória.

Nessa esteira, analisar e compreender os critérios autorizadores da alteração de jurisprudência, verificando-se quais as situações justificam revisões de entendimento, como, por exemplo, a perda de congruência social e a inconsistência sistêmica (comumente invocadas para validar mudanças de posicionamento das Cortes superiores), é de vital

importância para que se possa pensar como questão de tamanha relevância poderá ser aplicada no direito nacional.

Ocorre que mesmo sendo feita de forma criteriosa e responsável, é inegável que eventual alteração de precedente pode resultar em ruptura tão significativa, que se mostre necessário mitigar seus efeitos no tempo, razão pela qual conhecer as técnicas e fundamentos utilizados pelo *common law* para conceder efeitos prospectivos à alteração de um precedente (*prospective overruling*) é igualmente valioso para melhor operacionalização dos institutos introduzidos pelas recentes alterações legislativas.

Analisado o direito estrangeiro, tendo-se em vista a tradição de romano-germânica do Direito brasileiro, é importante abordar as correntes doutrinárias relativas aos efeitos da jurisprudência no tempo, lembrando o conceito clássico de irrestrita retroatividade e, em contraponto, os pensamentos anteriores às reformas legais que defendiam, mesmo sem previsão legal expressa, a limitação temporal dos efeitos da jurisprudência e que certamente inspiraram o legislador a promover as alterações ora em estudo.

Da mesma forma que sempre existiram previsões legais esparsas concedendo caráter vinculante à jurisprudência, no que tange à sua aplicabilidade no tempo, o legislador já havia positivado a possibilidade de modulação dos efeitos de eventuais alterações, entretanto, igualmente de forma bastante pontual.

A positivação da possibilidade de se mitigar os efeitos da jurisprudência no tempo foi iniciada, com maior relevância, pelas regras aplicáveis às decisões em controle de constitucionalidade, passando por decisões isoladas sem expressa previsão legal, para finalmente atingir a amplitude daquelas estabelecidas pela Lei 13.015/14 e pelo novo Código de Processo de Civil.

Apresentadas as previsões legais autorizativas de modulação dos efeitos da jurisprudência no tempo, o objetivo será identificar quais as decisões judiciais passaram a possuir observância obrigatória, bem como os mecanismos criados para garantir tal premissa para, em seguida, analisar os procedimentos aplicáveis a eventual superação de tais entendimentos.

Consolidadas as possibilidades e procedimentos de superação de precedentes, adentrando diretamente no instituto da modulação de efeitos, será buscada a correta compreensão do alcance das normas que tratam do assunto, analisando-se quais decisões estão sujeitas a sofrer limitação de efeitos e, por fim, as técnicas que podem ser utilizadas para materializá-la.

Isso porque, apesar de possível, a irretroatividade da jurisprudência não deve ser tida como regra (nem no *common law* se diverge dessa premissa), mas sim como exceção, aplicável às situações singulares nas quais a não aplicação retroativa resulta em maior respeito à justa confiança dos jurisdicionados e na previsibilidade das decisões.

Ademais, uma vez estabelecida a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais que, aplicada corretamente, traz segurança jurídica e protege a confiança no sistema legal, é igualmente relevante entender os riscos dessa prática, pois a modulação equivocada de posicionamento jurisprudencial pode causar distorções no sistema que mais prejudicam que protegem o ideal de segurança jurídica.

Sintetizando, o que se visa explorar é a irretroatividade do entendimento jurisprudencial; reconhecendo-se que este, em regra, deve sempre ser aplicado às situações pretéritas, pendentes de julgamento, mas, ao mesmo tempo, identificar aqueles em que ele deve incidir apenas nas situações futuras, como agora autorizado expressamente pelo legislador.

1. A EVOLUÇÃO DO PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Tradicionalmente, nos países que adotam o sistema do *civil law*, a jurisprudência sempre possuiu papel marginalizado no direito, não sendo sequer reconhecida como fonte efetiva de direito, quando muito, de forma supletiva.

O direito brasileiro foi constituído com essa sistemática e, em parâmetros gerais, a jurisprudência sequer era considerada expressamente como fonte normativa, mas desde os primórdios do direito nacional existiram institutos isolados de valorização da jurisprudência.

Entretanto, inegavelmente, por inúmeras razões, sendo a principal delas a crise de demanda dos tribunais superiores, desde a segunda metade do século passado, o papel da jurisprudência tem sofrido alterações que a levam a assumir um protagonismo inédito na solução dos conflitos.

Com efeito, independentemente do acerto ou não da escolha do legislador, é inegável o aumento da valorização dos posicionamentos jurisprudenciais na solução dos conflitos ao longo do tempo. Inicialmente com caráter meramente informativo, evoluiu para uma índole persuasiva e, por fim, passou a ostentar natureza obrigatória, evolução que hoje permite considerá-la como fonte primária do direito.

Com base nessa observação, o objetivo nessa primeira parte é justamente demonstrar a evolução legislativa e administrativa que resulta em claro abandono do caráter puramente exegético da jurisprudência, partindo-se para a adoção de papel construtivo, capaz de criação de norma jurídica.

Tratando inicialmente do conceito clássico consagrado na teoria geral do direito e na legislação oriunda, sobretudo do século passado, serão abordados os principais marcos legislativos e administrativos desde a edição das primeiras súmulas de jurisprudência, passando pela promulgação da Constituição Federal em 1988 e a legislação infraconstitucional esparsa dela resultante sobre tema, para chegar ao recém-sancionado novo código de processo civil, que alterou completamente o paradigma da jurisprudência no direito brasileiro.

1.1. A teoria geral do direito e o caráter puramente exegético da jurisprudência

No Brasil, em linhas gerais, o papel concedido à jurisprudência no ordenamento jurídico sempre foi o classicamente definido pela doutrina, de fonte supletiva do direito, de caráter meramente informador.

Como resultado direto da tripartição dos poderes, na qual a função legislativa é claramente afastada do Poder Judiciário, não se poderia, em regra, conceder caráter normativo à jurisprudência, fazendo com que suas proposições possuíssem apenas papel de informação aos magistrados e jurisdicionados.

Essa premissa é inspirada primordialmente na Constituição Francesa de 1791, texto resultante da revolução igualitária, que buscava ruptura total com o regime jurídico anterior.

Justamente esse objetivo de romper completamente com regime absolutista que culminou na ideia de exclusão do Poder Judiciário da atividade criação do direito e consagrou a famosa premissa, criada por Montesquieu, de que o juiz seria meramente a boca da lei.

Nessa ideologia, é proibida aos magistrados a utilização de qualquer papel interpretativo, o que resulta em decisões judiciais impreterivelmente subordinadas à lei, não se concedendo nenhum espaço criativo ao julgador.

Tal restrição ainda se mostra presente no Direito francês, que proíbe a edição de verbetes jurisprudenciais genéricos, conforme estabelecido no artigo 5º do Código Civil francês.¹

Aqui, cumpre relembrar o aspecto histórico que levou à adoção dessa premissa limitadora das funções judiciais, consubstanciada na íntima ligação que os juízes franceses possuíam com a classe aristocrata, que resultava na sua absoluta falta de compromisso com a imparcialidade e, por conseguinte, no descrédito da população quanto à atuação do Poder Judiciário.

Tércio Sampaio Ferraz relata bem essa situação:

Essa desconfiança é bem clara na época da Revolução Francesa, pois os juízes eram vistos como homens do Antigo Regime, tanto que o direito pós revolucionário cuidou de limitar-lhes o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz aplica o código e nada mais do que isso.²

¹ Art. 5º. *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* (Tradução Livre: Art. 5º. É defeso aos juízes decidirem de forma geral nas causas que lhe forem submetidas)

² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Indo além na falta de confiança nos juízes do período pré-revolucionário, Luiz Guilherme Marinoni traça cenário ainda mais perturbador sobre o funcionamento do Poder Judiciário francês naquele período:

Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nessa época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o *status quo* e a não permitir que as intenções progressistas de seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para “julgar”.³

Diante desse cenário de completa parcialidade e falta de respeito à lei, pode-se afirmar que foi esperada, e até natural, a posição adotada pelos revolucionários de buscar limitar ao máximo o âmbito de atuação dos magistrados, tolhendo-lhes por completo a liberdade interpretativa.

Como expressão dessa ideologia, temos a célebre frase de Bugnet: *Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code civil.*⁴

Dessa forma, o caminho encontrado foi estabelecer rígida separação de poderes, atribuindo-se apenas e exclusivamente ao Poder Legislativo a capacidade de criação do direito, combinado com a ideia de regulamentação exaustiva pela codificação de normas.

A codificação do direito tinha o objetivo utópico de não deixar lacunas legislativas e, por conseguinte, fazer com que as decisões judiciais estivessem submetidas à lei, sem espaço criativo ou inovador, não passando de um processo dedutivo da vontade do legislador na criação do texto aplicável ao julgamento do caso concreto.

Partindo-se dessas premissas, estabeleceu-se, desde então, o conceito clássico de que a jurisprudência não constituiria fonte efetiva de direito, tendo-se em vista que ela não possuiria caráter criativo.

Inclusive, tornou-se característica marcante do sistema do *civil law* a inexistência de vinculação dos magistrados aos precedentes judiciais, seja horizontal ou verticalmente, não se admitindo, portanto, *a priori*, a utilização do método indutivo para formação do direito.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁴ Tradução Livre: Eu não conheço o direito civil, eu ensino o código civil.

Com isso, a jurisprudência, conceituada por Miguel Reale como “forma de revelação do direito que se processa através de exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”,⁵ segundo a corrente doutrinária tradicional, à qual o autor não se filia, não deve ser considerada como fonte efetiva de normas jurídicas.

Tal corrente parte da premissa que a jurisprudência não é lei e não inova a ordem jurídica, pois representa apenas o entendimento já firmado pelos Tribunais e não causa nenhuma surpresa ou alteração na conduta dos jurisdicionados.

Além disso, trata-se de decisão limitada ao âmbito do processo, possuindo efeito *inter partes*, não se revestindo de caráter geral, pois não possui índole vinculante e não necessita ser seguida por outros julgadores em casos similares.

Luiz Carlos Michele Fabre ressalta o seguinte sobre o tema:

Em linha de princípio, nem a jurisprudência nem as súmulas possuem carga normativa no direito brasileiro, haja vista a inexistência, neste caso, de ressalva constitucional ao princípio da legalidade; isto é, naquilo que a Constituição não ressalva (acordos e convenções coletivas, tratados, decretos regulamentares, sentenças), ninguém é obrigado a fazer ou abster-se de algo senão em virtude de lei. Tampouco há, no sistema pátrio, vinculação do magistrado a uma tendência jurisprudencial, eis que sua atuação é empolgada pelo princípio da independência funcional.⁶

Ainda defendendo a falta de criatividade normativa da jurisprudência, temos Osmar Mendes Paixão Côrtes que propõe o questionamento e o soluciona da seguinte forma:

Parece-nos que não. O Magistrado, que é intérprete qualificado, deve analisar o caso concreto, e analisar a lei, sempre buscando não a vontade do legislador antigo, mas a vontade da própria lei, relacionada aos princípios atuais, atualizando a norma objetiva, levando em conta não apenas os métodos lógico e gramatical de interpretação, mas correspondência da norma com a realidade social. Não pode, todavia, fugir da lei. Os limites da interpretação terminam na própria norma. A lei, como expressão do direito posto, tem duplo papel, sendo ponto de partida e o limite para o intérprete no Estado de Direito.⁷

Assim, a corrente clássica fixa o entendimento de que a jurisprudência não cria direito, apenas revela o conteúdo da lei, ainda que este fosse latente ou obscuro, não se constituindo nenhum tipo de inovação no ordenamento jurídico e tampouco surpreendendo os jurisdicionados.

⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 167.

⁶ FABRE, Luiz Carlos Michele. *Fontes do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTt, 2009.

⁷ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *Súmula Vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: Editora RT, 2008.

Essa condição é facilmente percebida nos parâmetros adotados pelo legislador na indicação das fontes secundárias, de aplicação supletiva, nas quais e a jurisprudência sequer é mencionada, como claramente se percebe no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).⁸E o Código de Processo Civil revogado também ignorava, ao menos em sua redação original, a condição da jurisprudência como fonte supletiva do direito.⁹

Importante exceção legislativa à marginalização do papel da jurisprudência é encontrada na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43) que, já em 1943, reconhecia o papel complementar da jurisprudência, autorizando o magistrado a, em casos lacunosos, solucionar a lide com base nas decisões judiciais anteriores.¹⁰

Assim, historicamente, fica claro que o legislador nacional optou por estabelecer a regra geral de que a jurisprudência não se trata de fonte efetiva de direito, permitindo atribuir-lhe apenas caráter informativo ou, no máximo, persuasivo.

Entretanto, apesar de essa ser a regra geral, como era de se esperar, sempre existiram exceções, desde a época colonial inclusive, que de alguma forma concediam protagonismo às decisões judiciais, sendo que essa tendência tem se intensificado de forma significativa nas alterações legislativas mais recentes.

1.2 As técnicas de consolidação de jurisprudência dominante

Apesar da natural adoção dos parâmetros tradicionais de tratamento à jurisprudência do *civil law*, o fato é que o Direito brasileiro sempre sofreu influência do *common law*, possuindo alguns institutos mais próximos desse sistema legal. Tais influências são perceptíveis ao longo de todo histórico do ordenamento jurídico, sendo exemplo relevante o modelo de controle de constitucionalidade adotado originalmente, de caráter difuso, inspirado no Direito estadunidense.

⁸ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁹ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

¹⁰ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Além disso, a valorização dos precedentes, que talvez seja a principal característica diferenciadora entre os principais sistemas jurídicos ocidentais, sempre esteve presente no Direito pátrio, desde a época colonial, inclusive.

Bem verdade que a metodologia nunca seguiu exatamente àquela utilizada pelo *common law*, mas, sem dúvida, é inegável a adoção de institutos que visavam dar força à jurisprudência dos tribunais superiores, em escala superior àquela defendida pela corrente clássica, explicitada no tópico anterior.

1.2.1 Os assentos dos períodos Colonial e Imperial

A busca pela pacificação de entendimentos jurisprudenciais está presente desde o século XVI no Brasil, sendo certo que desde os primórdios da colonização do país já existia instituto, oriundo da jurisprudência, com função jurídica que ia muito além do caráter informador ou ainda persuasivo, tradicionalmente assegurados às decisões judiciais.

Bem verdade que o mecanismo em questão possuía um viés de controle da atividade judicial e não de propiamente de promover isonomia de julgamentos e segurança jurídica ao jurisdicionados, mas não deixa de ser um marco importante na evolução do papel da jurisprudência no sistema legal.

Nesse sentido, quando ainda era colônia, o Brasil estava submetido ao Direito português e, durante o século XVI, em 1512, foram editadas as Ordenações Manuelinas, que já naquela época introduziram instituto vinculante de jurisprudência.

As Ordenações promovidas por D. Manuel I eram divididas em cinco livros, sendo que o Livro V tratava dos julgadores e, em seu Título LVIII, 1, previa a possibilidade de criação de Assentos, que seriam julgamentos colegiados promovidos pelo órgão de cúpula do sistema judicial que tinham por escopo dirimir dúvidas sobre a interpretação da lei.

Basicamente, a Casa de Suplicação, sempre que houvesse dúvida sobre o entendimento de alguma ordenação, levá-la-ia ao regedor, o qual, na mesa grande, junto com os desembargadores que entendesse por bem convocar, debateria o tema, sentenciando a solução da controvérsia. Dessa prática surgiram os assentos, que consistiam no resumo desses julgamentos, anotados em livro próprio, e possuíam força legislativa e, portanto, vinculantes. A figura dos assentos foi mantida pelas Ordenações Filipinas, editadas no início do século XVII, que em seu Livro I, Título 5, 5, adotando redação bastante similar à das

Ordenações Manuelinas, manteve o caráter vinculante dos assentos, inclusive passando a prever penalidade de suspensão ao julgador que não seguisse o entendimento.¹¹

Com o tempo, outros órgãos jurisdicionais de grau intermediário, as chamadas Relações, também passaram a editar assentos, situação que passou a criar divergências interpretativas, gerando, por conseguinte, conflitos de entendimentos e insegurança jurídica.

Visando eliminar tais contradições, em 1769, a Lei da Boa Razão que, entre outras providências, passou a restringir exclusivamente à Casa de Suplicação o poder de editar assentos, destacando-se ainda que, a partir de 1808, com a vinda da família real ao Brasil, a edição de assentos voltou a ser permitida em território nacional com a criação da Casa de Suplicação do Rio de Janeiro.

Com a independência e a promulgação da Constituição do Império de 1824, foi extinta a Casa de Suplicação e criado o Supremo Tribunal de Justiça, que passou a ser o órgão de cúpula do poder judicial¹². Apesar da independência, os entendimentos jurisprudenciais anteriores não foram descartados ou invalidados, tendo o Decreto nº 6.142/1876 consagrado o caráter normativo dos assentos anteriormente formulados, tanto os proferidos pela Casa de Suplicação de Lisboa como os oriundos da Casa de Suplicação do Rio de Janeiro.

Além disso, mantendo a sistemática de edição de posicionamentos jurisprudenciais sanadores de dúvidas interpretativas e divergências entre órgãos inferiores, o mesmo texto legal concedeu ao Supremo Tribunal de Justiça a prerrogativa exclusiva da edição de assentos,¹³ que perdurou até a Proclamação da República, quando os assentos e sua força normativa foram extintos.

¹¹ O.F. Livro I, Título 5, 5: 5. E havemos por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos ou alguns delles tiverem alguma duvida em alguma nossa Ordenação do entendimento della, vão com a duvida ao Regedor; o qual na mesa grande com os desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que ali for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em duvida (1). E se na dita Mesa forem isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça, que he bem de nol-o fazer saber, para Nós logo determinarmos, nol-o fará saber, para nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações (2), ou derem sentença em algum feito, tendo algum delles duvida no entendimento da Ordenação, sem ir ao Regedor, será suspenso até nossa mercê. (mantido texto original).

¹² CF/1824. Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. (mantido texto original).

¹³ Decreto nº 6.142/1876. Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para a intelligencia, das leis civis, comerciaes e criminaes, quando na execução dellas ocorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes do mesmo Tribunal, das Relações e dos Juizes de primeira instancia, nas causas de sua alçada. (mantido texto original).

1.2.2 O prejudgado

Constituída a República dos Estados Unidos do Brasil, o Direito nacional passou por significativas alterações, especialmente em sua organização, decorrentes da natural reestruturação do País, inerente à formação de uma República.

Dessa forma, a Constituição, promulgada em 1891, concedeu aos Estados a competência para legislar sobre direito processual e, em pouco tempo, foi reintroduzida no ordenamento figura de valorização da jurisprudência. Trata-se do prejudgado, que consistia em um posicionamento adotado por determinado tribunal estadual quando este se deparava com divergência jurisprudencial, sendo que o posicionamento adotado na solução da divergência, ou seja, o prejudgado, deveria ser utilizado nos julgamentos futuros. Esse instituto foi criado, por exemplo, nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, previstos no art. 1.126 do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo e na Lei das Minas Gérias nº 17 de 1891, respectivamente.

Os prejudgados se tornaram instrumentos relevantes no direito pátrio e, com a promulgação da Constituição de 1937 passaram a ser aplicáveis em todo território nacional.

Essa ampliação decorreu de alteração nas competências legislativas, pois a nova Constituição retomou a centralização da atividade legislativa processual, tendo o artigo 16, inciso XVI, do texto constitucional, atribuído exclusivamente à União a competência para legislar sobre direito processual¹⁴. Tal exclusividade resultou na edição do Código de Processo Civil (Decreto-Lei 1.608/39) o qual, em seu artigo 861, passou a prever a possibilidade, em todo território nacional, da formulação de prejudgados pelos tribunais.¹⁵

Seguindo a mesma tendência, entretanto, concedendo ainda mais força ao prejudgado, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/43), já em seu texto original, previu o instituto, concedendo-lhe, inclusive, efeito vinculante. Inicialmente a Câmara de Justiça do Trabalho e, posteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho, possuíam a prerrogativa, que lhes foi concedida pelo artigo 902 da Consolidação de, ao verificarem a existência de divergência interpretativa da legislação do trabalho, solucionar a controvérsia estabelecendo um prejudgado que deveria, necessariamente, ser seguido pelos demais órgãos da Justiça do Trabalho.

¹⁴ CF/37. Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XVI - o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual.

¹⁵ Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

Os prejudgados possuíram força normativa até 1977, quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação 946-DF, entendeu que o §1º do artigo 902 da CLT, que lhes concedia o caráter vinculante, não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1946, o que resultou, pouco tempo depois, na revogação expressa de todo art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei Federal nº 7.033/82.

1.2.3 As súmulas do Supremo Tribunal Federal

Contemporaneamente aos prejudgados, o Supremo Tribunal Federal, em procedimento capitaneado pelo Ministro Victor Nunes Leal ocorrido no início da década de 1960, aprovou a edição das súmulas de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, com escopo de, ao mesmo tempo, conceder racionalidade, celeridade aos seus julgamentos e ainda, publicidade às suas posições jurisprudenciais. A ideia central da publicação das súmulas foi facilitar os julgamentos, pois com a edição dos verbetes de entendimento dominante passou a ser possível solucionar os recursos de forma mais sintetizada e célere, invocando-se como fundamento, em muitos casos, simplesmente determinada súmula de jurisprudência.

Além disso, não se pode perder de vista o caráter de publicidade que a edição de súmulas acarreta, tendo-se em vista que torna público, de forma bastante acessível, o entendimento dominante do Tribunal sobre determinado assunto, permitindo-se assim o conhecimento prévio do jurisdicionado sobre o tema, servindo de parâmetro para adoção de condutas e do ajuizamento ou não de demandas que versem sobre a matéria.

Sobre o efeito prático e a origem das súmulas o próprio Ministro Victor Nunes Leal observou que:

A jurisprudência da Súmula, embora não obrigatória para os outros Tribunais e Juízes, é indiretamente obrigatória para as partes, porque o interessado poderá fazê-la observar através do mecanismo dos recursos, enquanto não alterada pelo próprio Supremo Tribunal. E quanto a este a Súmula funciona como instrumento de autodisciplina propiciando tão alto grau de simplificação dos seus trabalhos que seria inviável ou prejudicial tentar alcançar o mesmo resultado por outros meios. A autoridade, que nos foi possível atribuir à Súmula – e que falta ao *Restatement* dos norte-americanos – não é a inspiração do acaso ou da livre imaginação. As raízes dessa fórmula estão na abandonada tradição luso-brasileira dos assentos da Casa de Suplicação e na moderna experiência legislativa dos prejudgados.¹⁶

¹⁶ LEAL, Victor Nunes in: Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* - 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

Dessa forma, já 1963 foram publicadas 370 súmulas de jurisprudência dominante da Corte máxima do país, sendo certo que esse movimento influenciou todo o direito brasileiro e espalhou-se por todos os demais tribunais da federação, bem como norteou diversas ações legislativas posteriores.

1.2.4 As súmulas do Tribunal Superior do Trabalho

A declaração de inconstitucionalidade do caráter vinculante dos prejudgados acompanhada da revogação do art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho, combinadas com o modelo de edição de súmulas de jurisprudência predominante adotado pelo Supremo Tribunal, culminaram na adoção, pelo Tribunal Superior do Trabalho, de sistemática similar no que tange à consolidação de seus entendimentos jurisprudenciais.

A própria Lei Federal nº 7.033/82 que, acolhendo a declaração de inconstitucionalidade, revogou expressamente os dispositivos que tratavam do prejudgado, ao mesmo tempo, alterou a alínea “f” do inciso I do art. 702 da Consolidação das Leis do Trabalho para excluir da competência do Tribunal Superior do Trabalho o estabelecimento de prejudgados e inserir a possibilidade de edição de súmulas de jurisprudência uniforme.¹⁷

Evidentemente, apesar da declaração de inconstitucionalidade da vinculação e a posterior revogação dos prejudgados, os entendimentos expostos nos referidos verbetes ainda eram úteis, servindo para solução de controvérsias e balizamento de condutas, razão pela qual não foram descartados e passaram à condição de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior Trabalho.

Inicialmente, os verbetes de jurisprudência uniforme foram denominados de enunciados e não súmula. Tal prática, segundo Sérgio Pinto Martins,¹⁸ teria sido influenciada pela redação vigente à época do § 5º do art. 896 da CLT, que consignava o termo enunciado da súmula de jurisprudência. Em 2005, acolhendo críticas do meio jurídico de que a nomenclatura não era correta, por enunciado ser justamente o conteúdo de uma súmula, o Tribunal Superior do Trabalho, pela Resolução Administrativa nº 129, de 05 de abril de 2005, passou a estabelecer a nomenclatura de súmula aos verbetes de sua jurisprudência uniforme.

Assim como no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entretanto, com mais alcance prático ainda, as súmulas de jurisprudência da Corte superior trabalhista passaram a possuir

¹⁷ Art. 702, I, f) estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme, na forma prescrita no Regimento Interno.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

extrema relevância no Direito do Trabalho e se tornaram importante instrumento de solução de controvérsias e balizamento de conduta. A aplicabilidade das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho ultrapassou o limite processual, servindo, em muitos casos, como modelo de conduta social observado fielmente pelos sujeitos da relação de emprego, bem como pelos operadores do direito, enquadrando-se como o ato-regra geral, impessoal e abstrato, aplicável às situações presentes e futuras.

A relevância da jurisprudência sumulada é tamanha que serviu de inspiração até para o legislador constituinte, como por exemplo no caso da estabilidade gestante, que já encontrava guarida na redação original súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho e posteriormente foi consagrada na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.¹⁹

Atualmente, é inegável a importância jurídico-social da jurisprudência consolidada por meio de súmulas pela Corte Superior Trabalhista, que estabelecem importantes parâmetros definidores de condutas juridicamente relevantes, sendo mais um exemplo de valorização de precedentes inserido no ordenamento jurídico, bem como da evolução do papel da jurisprudência no sistema como um todo.

1.3 A Constituição Federal de 1988

Com a redemocratização do País e a promulgação da atual Constituição Federal, houve alteração considerável na estrutura do Poder Judiciário, especialmente voltada a solucionar a já cotidiana crise de demanda dos órgãos judicantes, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, apesar do bom papel desempenhado pelas súmulas de jurisprudência, a principal medida adotada não foi relacionada à valorização da jurisprudência, tendo, na verdade, buscado racionalizar o funcionamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário, atribuindo-lhe competência precipuamente constitucional. Isso porque, até 1988, o Supremo Tribunal Federal, acumulava as funções de guardião não apenas das normas constitucionais, como também da legislação federal, com exceção apenas à trabalhista, o que, inequivocamente aumentava em muito o volume de processos que eram submetidos ao seu crivo.

¹⁹ TST, 244. Gestante - Garantia de emprego. A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos. (Redação original - Res. 15/1985, DJ 05, 06 e 09.12.1985).

Por conta da competência federal, em ordens constitucionais anteriores já tinham sido criados outros institutos que objetivaram diminuir a quantidade de processos. Entretanto, nenhum deles teve o efeito desejado.

A primeira tentativa foi a criação, pela Constituição de 1946, de um tribunal intermediário para julgamentos de recursos nas causas de competência da Justiça Federal, o Tribunal Federal de Recursos, lembrando que, até a adoção dessa medida, o Supremo Tribunal Federal se tratava de instância recursal ordinária da Justiça Federal. Como o Tribunal Federal de Recursos se tratava apenas de uma instância intermediária, o Supremo Tribunal Federal continuou plenamente acessível via recurso extraordinário fazendo com que, na prática, a medida se mostrasse pouco efetiva.

Quase vinte anos depois, sem a verificação de resultados efetivos, buscou-se outra forma de racionalização do sistema e, pela Emenda Constitucional nº 16/1965, foi introduzido no ordenamento jurídico o controle concentrado de constitucionalidade, criado justamente para combater o excesso de demanda. Pedro Miranda de Oliveira²⁰ ressalta que tal objetivo constou expressamente na exposição de motivos formulada pelo então Ministro da Justiça Juracy Magalhães na qual se alegava que o julgamento unificado acerca da constitucionalidade de lei tinha o escopo de diminuir a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal.

Ante a ineficácia de tais medidas, já sob a égide da Constituição de 1967, alterou-se profundamente a sistemática do recurso extraordinário, mediante delegação ao próprio STF da regulamentação, via regimento interno, das hipóteses de cabimento do apelo. Assim, com o advento da Emenda Constitucional nº 01/1969, restou aberta a criação do primeiro critério efetivo de filtro de acesso ao Supremo Tribunal Federal, denominado Arguição de Relevância, que pode ser considerada como precursora da atual Repercussão Geral da questão constitucional. A arguição de relevância da questão federal permitia ao Supremo Tribunal Federal rejeitar recursos extraordinários que não fossem suficientemente relevantes a ponto de exigir a manifestação do órgão de cúpula do poder judiciário, conforme estabelecia o § 1º do art. 327 do RISTF 1980.²¹

Todavia, nenhuma das medidas trouxe os resultados e o caminho escolhido pelo legislador constituinte foi diminuir a competência do Supremo Tribunal Federal, limitando

²⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

²¹ RISTF, Art. 327. § 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.

seu âmbito de atuação às questões constitucionais através da criação de um tribunal próprio para defender a legislação federal. Dessa forma, foi criado o Superior Tribunal Justiça que assumiu a competência sobre o direito federal, passando o sistema a funcionar da forma atual, na qual as questões constitucionais são submetidas ao Supremo Tribunal Federal e, às questões federais, ao Superior Tribunal de Justiça.

Além da criação de órgão de cúpula do direito federal, a Constituição Federal também promoveu a reorganização da estrutura da Justiça Federal, mediante a descentralização de seus órgãos de segunda instância, extinguindo o Tribunal Federal de Recursos que era sediado em Brasília e criando os Tribunais Regionais Federais, dividindo os Estados da federação em cinco regiões.

Entretanto, apesar de bastante salutar, pelo crescimento da judicialização das demandas, o fato é que em pouco tempo, ao invés de um Tribunal superior sobrecarregado, a crise de demanda passou a assolar os dois principais tribunais de superposição do país.

1.4 As reformas do Código de Processo Civil da década de 1990

O Legislador constituinte, claramente, escolheu o aumento de estrutura, pela criação de tribunais como a principal medida de combate à crise de demanda do Poder Judiciário. Entretanto, tais medidas, apesar de importantes, notoriamente não foram suficientes para solucionar o problema, fazendo com que, em pouco tempo, fosse necessária a adoção de novas medidas de racionalização do sistema. Ante o esgotamento do modelo de ampliação da estrutura do Poder Judiciário, inclusive pelo alto custo inerente a essa prática, claramente reiniciou-se o movimento de valorização de precedentes, que havia ficado paralisado desde a iniciativa de edição de súmulas de jurisprudência.

As primeiras alterações nesse sentido foram realizadas no Código de Processo Civil anterior, no final da década de 1990, mediante a alteração de procedimentos que claramente visavam à celeridade de julgamentos com base na jurisprudência dominante.

A Lei Federal nº 9.756/98 alterou o Código de Processo Civil então vigente, em especial no capítulo de recursos e passou a autorizar a existência de julgamentos monocráticos pelo relator no âmbito dos tribunais, sempre que os apelos estivessem em consonância ou confronto com a jurisprudência dominante dos tribunais superiores.

Essa importante medida de valorização da jurisprudência ainda tinha efeito limitado aos recursos e aos tribunais superiores. Serviu, de todo modo, como catalizador de diversas

alterações legais e constitucionais posteriores, que mantiveram o respeito aos precedentes como instrumento para se atingir os ideais de celeridade, isonomia e efetividade do sistema.

1.5 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e legislação infraconstitucional dela decorrente

Apesar de a Constituição Federal ter inovado na organização do Poder Judiciário, especialmente com a criação do Superior Tribunal de Justiça, com a visão de otimizar o funcionamento e a solução dos litígios, o fato é que os problemas de acúmulo e lentidão de processos judiciais somente aumentaram desde a promulgação do texto constitucional em 1988. As reformas pontuais elaboradas no Código de Processo Civil na década de 90 tiveram algum impacto positivo, mas igualmente não conseguiram sequer indicar uma possibilidade de superação da crise de celeridade e credibilidade do Poder Judiciário.

Nesse contexto, visando conceder eficiência e previsibilidade aos processos judiciais, no ano de 2004 foi efetuada profunda reforma constitucional, focada primordialmente em modificar a organização do Poder Judiciário. A Emenda Constitucional nº 45/2004 teve claramente dois objetivos principais na reestruturação do Poder Judiciário, sendo o primeiro deles justamente a busca por um controle mais efetivo e transparente do funcionamento dos órgãos judiciais.

O principal ícone dessa premissa do legislador constituinte derivado é, sem dúvida, a criação de órgão próprio de controle e fiscalização, o Conselho Nacional de Justiça, previsto no inciso I-A, do art. 93 da Constituição Federal, composto não apenas por membros do Poder Judiciário, mas também do Ministério Público, da Advocacia e ainda por cidadãos de conhecimento jurídico notável, indicados pelo Poder Legislativo. Entretanto, nesse estudo, possui especial relevância o segundo objetivo principal da emenda, consubstanciado na busca pela celeridade processual, que resultou inclusive na introdução da razoável duração do processo como um direito fundamental do cidadão.²²

Na persecução desse objetivo, o legislador constituinte derivado elegeu o respeito à jurisprudência como uma das principais armas para atingir as tão almejadas celeridade processual e duração razoável dos processos. Apesar de não ser propriamente nova no direito brasileiro, pois, como visto em tópico anterior, desde a época da colônia já existia instituto de vinculação jurisprudencial, a principal medida adotada foi a concessão de caráter

²² CF, Art. 5º, inciso LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

vinculante às súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, foi inserido o art. 103-A²³ na Constituição Federal que passou a possibilitar ao órgão de cúpula do Poder Judiciário editar, de ofício ou mediante provocação, com aprovação de dois terços de seus membros e depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmulas de jurisprudência com caráter vinculante não apenas ao Poder Judiciário como também ao Poder Executivo.

Essa clara e direta medida de valorização da jurisprudência foi o passo mais marcante para consolidar a escolha desse caminho para busca da racionalização do sistema, bem como da previsibilidade e isonomia dos julgamentos, e impulsionou consideravelmente o legislador infraconstitucional a segui-lo, o que resultou em diversas alterações legislativas que seguiram essa tendência.

Na esteira das alterações constitucionais e visando discipliná-las, foram feitas consideráveis alterações na lei processual que nitidamente mantiveram o viés de valorização da jurisprudência. Assim, em curto espaço de tempo, sobrevieram diversas alterações legislativas, com destaque para as Leis nº 11.232/05; 11.276/06; 11.277/06; 11.418/06, Lei 11.672/2008, 12.322/2010 que trouxeram modificações consideráveis na sistemática processual e aumentaram a importância da jurisprudência na solução dos conflitos.

Através dessas normas inseriram-se no ordenamento, por exemplo, a polêmica inexigibilidade de título executivo fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (essa previsão já havia sido criada por medida provisória, sendo que a Lei 11.232/05 só veio a consolidá-la definitivamente); o dever de não recebimento da apelação quando a decisão recorrida estiver em consonância com súmula dos tribunais superiores (súmula impeditiva de recurso); a possibilidade de improcedência liminar da ação contrária à jurisprudência; regulamentação da repercussão geral e dos recursos extraordinários repetitivos; regulamentação dos recursos especiais repetitivos e, ainda, a autorização expressa ao relator para, com base na jurisprudência consolidada, dar ou negar provimento aos agravos de instrumentos em recursos especiais e extraordinários.

Todo esse movimento culminou na elaboração do novo do Código de Processo Civil que consagrou definitivamente o paradigma da valorização da jurisprudência no sistema jurídico nacional.

²³ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

1.6 A Lei Federal nº 13.015/2014

Como a Justiça do Trabalho, por conta da subsidiariedade da aplicação do Código de Processo Civil, assimilou automaticamente diversos dos institutos de valorização da jurisprudência que foram inseridos nas reformas mais recentes da legislação processual ordinária, houve uma demora um pouco maior do legislador em alterar sistemática da CLT, especialmente no que tange ao acesso ao Tribunal Superior do Trabalho e à valorização de sua jurisprudência.

Contemporaneamente às discussões sobre o até então apenas projeto de novo Código de Processo Civil, foi editada Lei 13.015/2014 que alterou a sistemática dos recursos de embargos e revista e incorporou definitivamente diversos institutos de valorização da jurisprudência antes aplicados apenas subsidiariamente ao processo do trabalho.

Tratando-se de recursos de natureza especial que têm por escopo permitir o exercício da função nomofilática do Tribunal Superior do Trabalho e garantir a integridade do Direito do Trabalho, a admissibilidade de tais apelos sempre foi pautada na divergência jurisprudencial. Dessa forma, foram feitos ajustes nos textos que versam sobre a divergência contra quais decisões autorizam o cabimento dos apelos, especialmente para inserir a previsão que o desrespeito às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal autoriza o conhecimento de recursos de revista e embargos.

Por óbvio, a Justiça do Trabalho sempre esteve obrigada a seguir as súmulas vinculantes, entretanto, a consignação expressa nos dispositivos sobre cabimento dos recursos, além de encerrar qualquer dúvida, serve também para evitar o manejo de reclamações constitucionais, especialmente quando se adota a teoria da subsidiariedade da reclamação, ou seja, que ela deve ser utilizada quando não houver recurso cabível.

A nova legislação incorporou também a ideia de julgamento monocrático pelo relator, já largamente utilizada com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, entretanto, ela o fez salutarmente ao regulamentar o recurso de embargos, sempre quando a decisão recorrida estiver em consonância com a jurisprudência consolidada²⁴.

Apesar de este salutar ajuste no procedimento do recurso de embargos, as principais alterações recaíram na sistemática do recurso de revista, passando desde a positivação de

²⁴ Art. 894, § 3º O Ministro Relator denegará seguimento aos embargos: I - se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou com iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, cumprindo-lhe indicá-la.

regras procedimentais anteriormente consolidadas por entendimentos sumulados, para a imposição de efetiva obrigatoriedade de uniformização e respeito à jurisprudência e criação de mecanismo de julgamento em bloco próprio para a Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, os Tribunais Regionais passam a ser obrigados a uniformizar sua jurisprudência interna e tal necessidade passará a influenciar o trâmite do recurso de revista, pois quando constatada eventual divergência com a interposição do apelo, a solução da controvérsia jurisprudencial será obrigatória, devolvendo-se o processo ao Tribunal Regional.²⁵

Além disso, uma vez solucionada a divergência, somente o resultado desse incidente de uniformização é que poderá ser utilizado para comprovação de divergência e acesso do Tribunal Superior Trabalho.

Por fim, a Lei 13.015/2014 tratou ainda de regulamentar especificamente para o processo do trabalho a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, aplicável no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A primeira providência foi autorizar expressamente a aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil sobre o assunto, entretanto, houve a introdução de regramento próprio, por meio da inserção do art. 896-C e seus parágrafos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, sempre que houver multiplicidade de recursos fundados em questão idêntica de direito, sendo a matéria relevante ou havendo divergência interna no Tribunal Superior do Trabalho sobre a questão, poderá ser instaurado o incidente de resolução de recursos repetitivos que resultará na suspensão de todos os processos sobre o assunto e permitirá ao Tribunal Superior decidir a questão de forma única e uniforme.

Proferida a decisão nesse tipo de incidente, ela será aplicável a todos os processos suspensos, sendo que os recursos movidos em face de acórdãos que tenham adotado o mesmo posicionamento do Tribunal Superior serão imediatamente prejudicados e rejeitados e, caso os Tribunais Regionais tenham adotado posição divergente, terão a oportunidade de fazer a revisão, caso contrário haverá o processamento do recurso de revista.

²⁵ Art. 896, § 4º Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência. § 5º A providência a que se refere o § 4º deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis.

1.7 O novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015)

Apesar de todas as alterações dos paradigmas da importância da jurisprudência no ordenamento jurídico impulsionadas fortemente pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a principal delas é a mais recente de todas e que consagra definitivamente a aproximação ao sistema jurídico do *common law*, especialmente no que tange à obrigatoriedade de observância dos precedentes.

Trata-se da Lei Federal nº 13.105/2015 que instituiu o novo Código de Processo de Civil, segue claramente a tendência de valorização da jurisprudência e inova substancialmente os paradigmas de respeito aos precedentes no Direito brasileiro.

Tal inspiração torna-se notável pela inserção de diversos dispositivos que visam preservar a autoridade dos precedentes formados pelos tribunais superiores, por meio de técnicas de valorização da jurisprudência, ora aperfeiçoando algumas já existentes no sistema atual, ora introduzindo novas sistemáticas, muitas delas com caráter vinculante, cuja não observância necessitará de robusta fundamentação pelo magistrado, sob pena de nulidade da decisão proferida. Assim, resta significativamente ampliado o leque de decisões que necessitam ser observadas pelos juízos de base, que não se restringem mais apenas às súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal e àquelas proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido, percebe-se claramente que o legislador, na elaboração do novo Código de Processo Civil, fixado com a ideia de valorizar os precedentes como forma de garantir mais celeridade e previsibilidade aos julgamentos, potencializou o papel da jurisprudência em diversos institutos já existentes no Código anterior, bem como trouxe inovações substanciais, introduzindo no Direito pátrio diversos institutos típicos do sistema do *common law*, como por exemplo o *distinguishing*, o *overruling* e o *prospective overruling*.

Para melhor ilustrar essas profundas modificações é necessário analisar, separadamente, as mudanças introduzidas nas técnicas de valorização da jurisprudência que já existiam Código revogado e, em seguida, as inovadoras, que alteram de forma definitiva o papel da jurisprudência no ordenamento jurídico nacional.

1.7.1 Técnicas de valorização da jurisprudência aperfeiçoadas

Como exposto, o novo Código de Processo Civil buscou aperfeiçoar algumas das técnicas de valorização da jurisprudência já existentes no sistema anterior, visando torná-las mais efetivas.

O primeiro instituto que recebeu inovação se trata da chamada sentença de improcedência liminar, que encontrava previsão no art. 285-A da Lei nº 5.869/73.²⁶ Da leitura do dispositivo revogado, verifica-se que sua aplicação era bastante limitada e sem referência à jurisprudência dos tribunais superiores, sendo apenas um permissivo ao magistrado singular para que, em demandas que versavam sobre questões exclusivamente de direito, pautando-se em decisões anteriores por ele próprio proferidas em causas idênticas, prolatasse sentença de improcedência antes mesmo da citação do réu.

Por outro lado, a Lei 13.105/15, em seu art. 332,²⁷ amplia consideravelmente as hipóteses permissivas de prolação da sentença de improcedência liminar, autorizando ao magistrado a extinção sumária do processo, especialmente quando este afrontar a jurisprudência dos tribunais superiores. Como se extrai da leitura do artigo, é possível a extinção liminar do processo sempre que o pedido for contrário ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça consolidado por súmula de jurisprudência ou proferido em julgamentos de casos repetitivos, deixando clara a ideia de valorização da jurisprudência como forma de obtenção de celeridade de julgamento.

O mesmo ideal de consagração das decisões dos tribunais superiores é notado na regulação das sentenças sujeitas a reexame necessário, tendo-se em vista que o leque de julgados que tornam a remessa desnecessária sofreu ampliação semelhante. Nesse tópico, a legislação revogada vedava a remessa de ofício em condenações da fazenda pública inferiores a sessenta salários mínimos, bem como quando a decisão estivesse em consonância com a jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou ainda com

²⁶ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

²⁷ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

súmula do tribunal superior à que a decisão estivesse vinculada, nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 475.²⁸

Já o novo *codex* processual, em seu art. 496,²⁹ além de aumentar consideravelmente os valores mínimos para tornar a remessa obrigatória (chegando a mil salários mínimos quando o ente público for a União), estabelece que a sentença será eficaz, independentemente da confirmação pelo tribunal, quando ela estiver em consonância com súmula dos tribunais superiores, bem como com decisões proferidas em sede de incidentes de recursos ou demandas repetitivas.

Destaca-se que essa sistemática de ampliar o leque de decisões dos tribunais superiores para conceder celeridade aos julgamentos, especialmente àquelas adotadas nos julgamentos de casos repetitivos, foi irradiada por todo o Código de Processo Civil, sendo que tais decisões passaram a possibilitar, por exemplo, a rejeição ou provimento de recursos monocraticamente pelo relator, bem como que, em caso de seu desrespeito, restará presumida a repercussão geral da questão constitucional.

Ainda no âmbito recursal, o sistema anterior previa o incidente de julgamento de recursos repetitivos, pelo qual o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, verificando a existência de multiplicidade de recursos sobre matéria idêntica, poderiam suspender todos os apelos e proferir um único julgamento com validade para todos os processos. O novo código manteve esse instituto tendo aperfeiçoado sua sistemática e, principalmente, os efeitos das decisões proferidas nessas condições. Isso porque, no sistema revogado, a decisão proferida em incidente de recursos repetitivos possuía efeito apenas persuasivo e impeditivo de conhecimento de apelo de natureza extraordinária. Já na nova sistemática, além do caráter impeditivo do processamento de recursos de natureza extraordinária, tais decisões passaram a ser seguidas obrigatoriamente pelos tribunais e juízos inferiores, não sendo mais permitida a prolação de decisão divergente da adotada pelo Tribunal superior responsável pelo julgamento.³⁰

²⁸ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

²⁹ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I – súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

³⁰ Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem

Outro mecanismo que restou aperfeiçoado é a polêmica inexigibilidade de título executivo fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Críticas à parte ao teor do dispositivo que tem a sua própria constitucionalidade muito questionada, o fato é que a redação revogada não era clara quanto à quais decisões da Corte constitucional possuíam o condão de relativizar a coisa julgada, sendo que o texto atual, apesar de manter a polêmica previsão, ao menos esclarece quais decisões do Supremo Tribunal Federal podem ser invocadas na utilização do instituto. Assim, enquanto o art. 475-L, § 1º³¹ do Código revogado não especificava as decisões aplicáveis, o § 12 do art. 525³² do Código atual é expresso ao determinar que se trata das decisões proferidas em controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso.

Há, ainda, o aperfeiçoamento de outro instituto de valorização da jurisprudência, esse inserido no código revogado no início do século, que se trata da assunção de competência. Originalmente criado pela Lei 10.352/2001, o objetivo inicialmente designado a esse instituto foi simplesmente o de uniformizar a jurisprudência interna de determinado Tribunal, inserindo-se o § 1º no art. 555 do Código de Processo Civil revogado, que previa a possibilidade de ocorrer a assunção de competência por órgão colegiado indicado regimentalmente para prevenir ou dirimir divergência entre turmas ou câmaras de determinado tribunal³³. Já a remodelação do instituto, prevista no art. 947³⁴ do novo código

negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

³¹ Art. 475-L, § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

³² Art. 525. § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

³³ Art. 555. § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

³⁴ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. § 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência. § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. § 4º Aplica-

processual, permite o julgamento, por órgão regimentalmente indicado para tanto, de recurso que possua grande repercussão social, visando evitar, primordialmente, a ocorrência de divergências interpretativas internas no tribunal, existindo inclusive reiteração expressa de que a decisão proferida nessas condições é vinculante a todos os demais órgãos vinculados ao tribunal prolator das decisões, notando-se uma clara ampliação de seus efeitos, que deixa de ser interna do tribunal e passa a ser aplicável a todos os órgãos judicantes, inclusive os singulares, a ele vinculados.

Em resumo, nota-se que a nova sistemática processual, tendo a celeridade processual como norte, tratou de aperfeiçoar diversas técnicas de valorização da jurisprudência já existentes, especialmente pela ampliação do leque de decisões aplicáveis, o que tende a tornar possível a conclusão mais célere das demandas.

1.7.2 Técnicas de valorização da jurisprudência inovadoras

Apresentadas as alterações que visaram aperfeiçoar os institutos já existentes no código revogado, a Lei 13.105/15 também traz inovações relativas à observância da jurisprudência dos tribunais superiores, inclusive de forma vinculante em alguns casos, ressaltando que a própria criação de um capítulo específico disciplinando o trato da jurisprudência, como ocorre a partir do art. 926, é algo inédito no ordenamento jurídico e simboliza sua valorização pelo legislador.

A primeira inovação que merece destaque foi introduzida na disciplina da antecipação dos efeitos da tutela, que passou a ter regulamentação mais criteriosa e foi dividida em duas categorias diversas, a saber, a tutela de evidência e a tutela de urgência. As decisões dos tribunais superiores possuem especial relevância na tutela de evidência, tendo-se em vista que o novo Código passou a considerar a jurisprudência dessas Cortes como evidência passível de viabilizar a antecipação dos efeitos da tutela, conforme estabelecido em seu art. 311, inciso III.³⁵

Ainda em temática semelhante, ou seja, de permitir concessões sumárias com base na jurisprudência, o Código passou a permitir também o cumprimento da sentença provisória

se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

³⁵ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

sem a necessidade de caução, sempre que decisão a ser cumprida estiver em consonância com a jurisprudência dos tribunais superiores.³⁶

Entretanto, as principais inovações recaíram, na verdade, na inserção de previsões legais que determinam a vinculação dos magistrados às decisões dos tribunais superiores, sob pena de nulidade dos julgamentos. Nos termos do art. 927³⁷ do novo Código, passa a ser obrigatória ao magistrado a aplicação da jurisprudência dos tribunais superiores, que somente poderá ser evitada quando houver fundamentação específica explicitando as diferenças entre o caso em julgamento e o precedente invocado pela parte, conforme previsto no art. 489³⁸ da nova lei processual. Tendo o legislador incumbido tal ônus ao magistrado como requisito de validade da decisão, os incisos do art. 927 especificam quais decisões passam a ter observância obrigatória pelos órgãos judicantes inferiores.

Críticas à parte às definições introduzidas, vez que algumas se mostram redundantes, o fato é que foi especificada quantidade considerável de julgamentos que deverão ser observados.

A citada redundância recai, por exemplo, sobre a determinação de observância obrigatória das súmulas vinculantes e das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, que por sua própria natureza já geram esses efeitos. Além de tais decisões, passam a ser de aplicáveis obrigatoriamente, todas as demais súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça; as decisões proferidas por essas Cortes em sede de assunção de competência; resolução de demandas repetitivas; os julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, bem como decisões proferidas pelos plenários e órgãos especiais dos tribunais regionais e estaduais.

Esse elenco de decisões já antecipa também novo instituto inserido no ordenamento, que tem por escopo a resolução de demandas repetitivas. O incidente de julgamento de demandas repetitivas pode ser considerado um desdobramento antecipatório

³⁶ Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

³⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

³⁸ Art. 489. § 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.

do incidente de julgamento de recursos repetitivos, pois parte da mesma premissa de resolver com apenas um provimento jurisdicional inúmeras demandas que versem sobre a mesma matéria, com o diferencial de ser promovido pelos tribunais ordinários antes que tais demandas se tornem recursos de natureza extraordinária repetitiva. Dessa forma, nos termos do art. 976 do novo Código, o incidente será instaurado quando houver multiplicidade de ações e possibilidade ofensa à isonomia e segurança jurídica em decorrência de possível existência de decisões conflitantes.³⁹

Uma vez aceito o incidente, todas as demandas serão imediatamente suspensas e a questão será apreciada pelo tribunal local competente e, proferida a decisão, ela valerá para todas as demandas antes suspensas e que futuramente venham a ser promovidas.⁴⁰

Apresentadas as inovações, percebe-se que a vinculação de precedentes pode ser considerada principal inovação do novo Código de Processo Civil e, devido à importância da matéria, restaram reguladas outras questões de ordem, como a já citada necessidade de fundamentação específica justificadora de eventual não aplicação da jurisprudência, bem como o estabelecimento de regras relativas à alteração desses precedentes, que será melhor abordada mais adiante.

Merece destaque, ainda, outra inovação introduzida, que demonstra o interesse concreto do legislador em garantir a observância da jurisprudência. Trata-se do instituto da reclamação que, apesar de não ser uma inovação propriamente dita, pois já anteriormente previsto na Lei 8.039/90, foi amplamente valorizado, deixando de ser aplicável primordialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (desde 2009 entende-se cabível reclamação ao STJ para atacar decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais), para permitir a preservação da autoridade de parte das decisões elencadas no art. 927 do novo Código e, portanto, cabível sem restrições também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais regionais e estaduais.⁴¹

³⁹ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁴⁰ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

⁴¹ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

2. A EXPERIÊNCIA DO *COMMON LAW*

Ao longo do primeiro capítulo, restou demonstrado que o direito brasileiro sempre adotou a premissa comum da *civil law* que relega papel secundário à jurisprudência, mas também que o legislador pátrio estabeleceu dispositivos excepcionais, que concediam algum protagonismo às decisões judiciais. Além disso, a crise do judiciário, reconhecida e combatida mais fortemente a partir da segunda metade do século passado, impulsionou diversas reformas no sistema legal que visavam sua superação, sendo que as alterações mais recentes seguiram a tendência de valorizar as decisões judiciais como instrumento para racionalizar e conceder celeridade ao sistema, e o novo Código de Processo Civil consagrou definitivamente essa tendência.

As regras introduzidas pelo novo sistema processual civil, especialmente as relativas à observância obrigatória de determinadas decisões judiciais e os efeitos de suas eventuais alterações, possuem nítida inspiração no sistema jurídico do *common law* que, por natureza, é pautado em precedentes e, sempre que há inspiração ou mesmo importação direta de institutos, é salutar compreender como essas técnicas funcionam em seus redutos originários.

2.1 O papel da jurisprudência no sistema do *Common Law*

Notoriamente, o sistema do *common law* concede às decisões judiciais posicionamento de destaque no ordenamento jurídico, sendo consideradas como fonte primária de direito, consagrando o instituto de *judge make law* que resulta em uma cultura de precedentes que são aplicados aos casos similares posteriores. Cumpre esclarecer que o presente estudo não tem por escopo analisar os fatores históricos que levaram ao surgimento do sistema jurídico do *common law* e sua evolução, mas apenas contextualizar, de forma sucinta, o relevante papel concedido à jurisprudência no referido sistema.

Sob o ponto de vista histórico, a vinculação de precedentes não foi algo imposto por nenhuma norma jurídica, mas sim decorrente do costume de observância das decisões judiciais anteriores, associada à evolução da organização sistema judiciário. Tércio Sampaio Ferraz relembra os aspectos históricos que levaram a essa cultura:

Esse sistema repousa em diversos fatores históricos que lhe deram origem. Entre eles deve ser mencionado o papel relevante desempenhado pelo juiz desde a Idade Média. Tratava-se de uma figura preeminente, social e politicamente reconhecida. Até hoje, o juiz anglo-saxônico não é considerado um mero funcionário da administração estatal, não tem uma carreira funcional como ocorre entre nós, e é escolhido entre os melhores advogados do país para os quais a designação é vista como uma honra especial, que lhe confere grande prestígio.⁴²

Em adição à condição social de destaque dos magistrados, o citado autor relembra a evolução da prática jurídica que resultou no instituto do *stare decisis*:

Aqui, é bom lembrar duas tradições jurídicas importantes: a romanística e a anglo-saxônica. Nesta, é conhecida a força vinculante dos precedentes judiciais. Já no século XIII, era costume citarem-se os casos e suas decisões (*Case Law*). A princípio, era apenas um uso geral, não se achando que os juízes estivessem vinculados a decidir conforme os precedentes. Pouco a pouco, a doutrina foi aceitando o caráter vinculativo, que toma uma configuração mais definida nos séculos XVII e XVIII. O aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*report*) e o aparecimento de uma hierarquia judiciária mais homogênea terminaram, já no século XIX, por consagrar uma doutrina acabada, conhecida como *stare decisis*.

No mesmo sentido, as palavras de Toni M. Fine⁴³:

Uma característica do *common law*, nesse caso, é a doutrina do precedente, pela qual os juízes utilizam princípios estabelecidos em casos precedentes para decidir novos casos que apresentem fatos similares e levantem questões legais semelhantes. Os juízes, com frequência, estabelecem regras que possuem impacto que se estende para além das partes em um caso particular. Essa tendência em seguir casos decididos anteriormente é chamada de *stare decisis*, que vem do vocábulo latino *stare decisis et non quieta movere* (manter decisões e não alterar questões já definidas).

Assim, a evolução da prática de observância dos precedentes fez com estes deixassem de apenas servir de parâmetro para conduta dos jurisdicionados para que passassem a ter observância obrigatória no sistema legal, sendo seguidos pelos tribunais subordinados ao que proferiu a decisão, surgindo, dessa forma, outra característica do sistema, que é a vinculação dos precedentes (*binding precedents*).

Inclusive, justamente por conta dessa evolução natural do sistema, resulta o fato de que a vinculação não é prevista em lei, mas decorrente da prática jurídica, iniciada no Direito Inglês e também seguida nos Estados Unidos da América. De todo modo, os referidos

⁴² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Denominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴³ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

sistemas possuem suas peculiaridades, sendo recomendável contextualizá-los separadamente.

2.1.1 A vinculação de precedentes no direito inglês

Na Inglaterra, a força vinculante dos precedentes foi sendo paulatinamente consagrada justamente através de decisões judiciais, ou seja, curiosamente, foram precedentes que acabaram por afirmar seu caráter vinculante.

Existem relatos bastante antigos de decisões judiciais citando precedentes como fundamento decisório, como, por exemplo, o citado por Daniel Henry Chamberlain em trabalho específico sobre o *Stare Decisis*, apresentado à Ordem dos Advogados de Nova York em 1885⁴⁴. O jurista relata a dificuldade de fixar exatamente quando a doutrina de precedentes se iniciou. Ele relembra um julgamento ocorrido em 1584, no qual se fixou a necessidade de respeito às decisões anteriores.⁴⁵

Por outro lado, num passado já menos distante, foram proferidas decisões mais claras sobre a vinculação de precedentes, como, por exemplo, em 1861, quando a *House of Lords* (à época, a instância máxima do Direito inglês) enfrentou uma questão relativa à validade de casamento no caso *Beamish v Beamish*, no qual a celeuma jurídica residia sobre a validade ou não de matrimônio celebrado pelo próprio noivo, que se tratava de um clérigo. A solução do processo se pautou justamente em decisão anterior, que tratava de situação análoga, o *case The Queen v. Millis*, tendo a Corte fixado expressamente que não apenas ela, mas as Cortes inferiores deveriam observar seus precedentes, ainda que estabelecidos de forma não unânime: “*A decision of this House, occasioned by the Lords being equally divided, is as binding upon this House itself and upon all inferior courts, as if it had been pronounced nemine dissentiente*”.⁴⁶

Outro julgamento comumente citado como consagrador da força vinculante dos precedentes no direito inglês é o do *London Street Tramways Co Ltd v London County Council*, de 1898, no qual havia uma disputa de preço sobre os bondes elétricos. O mais relevante foi a posição estabelecida pelo *Lord Halsbury*, no sentido de que a *House of Lords*

⁴⁴ CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its contents*. New York: Baker, Voorhis, 1885.

⁴⁵ O autor transcreve a seguinte decisão: “Wherefore, upon de the first argument it was adjudged for the defendant, for they said that those things wich have been so often adjudged pught to rest in Peace.”

⁴⁶ Disponível em <http://www.uniset.ca/other/th/11ER735.html>. Acesso em 03.05.2016. (Tradução livre: Uma decisão dessa Corte, ainda que não unânime, é vinculante à própria Corte e a todas as inferiores, como se tivesse sido proferida sem nenhuma dissidência).

estava vinculada às suas decisões anteriores, sendo que as decisões por ela tomadas eram definitivas sobre aquela questão jurídica, sendo indevido à própria *House* rever o posicionamento no futuro, como se nunca tivesse se manifestado sobre o assunto.⁴⁷

Essa rigidez absoluta passou a ser alvo de críticas e resultou em pequena relativização, realizada em 1966, quando a *House of Lords* editou o *Practice Statement (Judicial Precedent)* que, apesar de reforçar a força vinculante dos precedentes, passou a autorizar que a *House Of Lords* pudesse, em situações especiais, rever seus próprios precedentes⁴⁸. No *Statement* reconheceu-se que a aderência excessiva aos precedentes poderia levar a julgamentos injustos, bem como em restrição indevida ao desenvolvimento do Direito. Por essas razões, a *House of Lords* se permitiu rever seus julgamentos anteriores, quando isso se mostrasse o mais correto a fazer, entretanto, tratou de deixar claro que a regra de vinculação permanecia válida e que somente poderia ser relativizada por ela própria, e que, na eventualidade de o fazer, não poderia deixar de atentar para os riscos decorrentes da retroatividade do novo entendimento.

Já na última década do século XX, sobrevieram duas alterações legislativas que influenciaram diretamente o sistema de precedentes inglês, mais precisamente a adesão do país à União Europeia e a criação de um Código de Processo Civil.

A adesão inglesa ao bloco europeu trouxe mais um órgão decisório, cujas decisões passam a ter influência no sistema jurídico que é a Corte Europeia de Direitos Humanos. Em 1998, o Parlamento inglês editou o *Human Rights Act* que determina a observância das regras constantes Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como das decisões proferidas pela Corte Europeia sobre o tema. Gustavo Santana Nogueira cita o entendimento do jurista

⁴⁷ “... I am prepared to say that I adhere in terms to what has been said [by other Law Lords] that 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 [had never been decided] 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://sixthformlaw.info/02_cases/mod2/cases_precedent_hol.htm#London Tramways Co v London County Council \[1898\] HL](http://sixthformlaw.info/02_cases/mod2/cases_precedent_hol.htm#London%20Tramways%20Co%20v%20London%20County%20Council%20[1898]%20HL). Acesso em 03.05.2016.

⁴⁸ *Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. 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. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.* Disponível em <http://www.uniset.ca/other/cs2/19661WLR1234.html>. Acesso em 03.05.2016.

inglês Michael Zander sobre a relevância das decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, afirmando que se um Tribunal Inglês concluir que um precedente local vinculante é incompatível com interpretação dada pela Corte Europeia à Convenção de Direitos Humanos, o precedente europeu deverá prevalecer sobre o local.⁴⁹

Todavia, essas questões relativas ao direito comum europeu tornaram-se agora extremamente nebulosas em decorrência da decisão do Reino Unido de abandonar a União Europeia, que será um processo lento e gradual, sem ainda existirem quaisquer indicativos concretos dos arranjos jurídicos que serão elaborados.

Paralelo e independente dessa questão, inclusive oriundo da prática pouco comum no direito inglês, que é a edição de leis, o Código de Processo Civil (*Civil Procedure Rules*), editado em 1999, ressalta a importância das *rules*, afirmando que sua interpretação se constitui no meio de se atingir o objetivo primordial do código que é a atuação justa das Cortes. Nogueira, agora citando o jurista Joseph Jacob, ressalta que o *Civil Procedure Rules* alterou o sistema de precedentes inglês, na medida em que permite que um precedente deixe de ser observado quando não se harmonizar com lei escrita posterior:

Nesta medida a teoria dos precedentes foi modificada. Decisões previamente obrigatórias, ainda que aparentemente obrigatórias, serão meras orientações. O juiz, ao lidar com os casos, terá que primeiramente respeitar as *rules* e não o que os precedentes haviam dito anteriormente.⁵⁰

Dessa forma, a doutrina de precedentes se desenvolveu naturalmente no direito inglês, sendo que a força vinculante dos precedentes teve seu ápice na primeira metade do século XX, quando prevaleceu a vinculação absoluta e a impossibilidade de revisão de precedentes.

Entretanto, essa rigidez vem sendo relativizada especialmente a partir da edição do *Practice Statement* sem, contudo, que as decisões judiciais deixem de ter grande relevância, ainda exercendo o papel de fonte primária do direito, apesar de ter passado a sofrer concorrência direta de normas escritas.

2.1.2 A vinculação de precedentes nos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América, em decorrência da colonização inglesa, filiam-se ao *common law*. Há, todavia, diferenças consideráveis nos sistemas jurídicos dos dois países, especialmente no que tange à quantidade de normas escritas.

⁴⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana, *Stare Decisis Et Non Quieta Movere*. Lumen Juris, 2011

⁵⁰ Idem.

Ao contrário do Reino Unido, que apenas em passado mais recente e muito em razão de influências externas, tem convivido mais com a norma escrita, nos Estados Unidos, desde a independência do país é possível reconhecer sua importância.

A primeira e talvez mais relevante demonstração disso é justamente a observação de que a própria Constituição dos Estados Unidos se trata de uma norma escrita e há quem defenda que a vinculação de precedentes encontra guarida no Art. III do texto constitucional, que trata do Poder Judiciário⁵¹. Entretanto, esse posicionamento passa longe de ser aceito tranquilamente, prevalecendo, na verdade, a ideia de que a vinculação de precedentes se trata de um princípio oriundo da tradição do sistema e não de uma imposição constitucional expressa, premeditada.⁵²

Defendendo o caráter principiológico do instituto, Daniel Henry Chamberlain, ao discorrer sobre suas razões de existir, afirma que a doutrina do *stare decisis* se funda em algo muito mais amplo e seguro que a mera conveniência ou utilidade, mas sim, em claras razões de justiça como uma qualidade inerente à constituição da sociedade⁵³. Thomas S. Currier explica que a aderência ao precedente se funda em costumes, tradições, eventos históricos e na mais pura inércia intelectual: “*The general practice of adherence to precedent is of course grounded to a considerable extent in factors of habit, tradition, historical accident, and sheer intellectual inertia.*”⁵⁴. Nessa linha de pensamento, Thomas Healy, afirma: “*If stare decisis is constitutionally required, it is not because of original understanding, intent, or the structure of the constitution. Instead, it is simply because the courts have staked their legitimacy upon adherence to precedent*”.⁵⁵

⁵¹ Gustavo Santana Nogueira relembra que no julgamento do caso *Anastassoff v United States*, o Circuit Judge Richard Arnold fez tal afirmação (in NOGUEIRA, Gustavo Santana, *Stare Decisis Et Non Quieta Movere*. Lumen Juris, 2011).

⁵² Article III – Section 1 The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office. Section 2 The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

⁵³ CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its contents*. New York: Baker, Voorhis, 1885.

⁵⁴ CURRIER, Thomas S. Time and change in judge-made law: prospective overruling. *Virginia Law Review*, vol. 51, n. 2, march 1965. (Tradução livre: A regra geral de aderência aos precedentes é fundada em considerável extensão de fatores de costumes, tradições, eventos históricos e na mais pura inércia intelectual).

⁵⁵ HEALY, Thomas. *Stare decisis as a constitutional requirement*. *West Virginia Law Review*, vol. 104, 2001. (Tradução Livre: Se o *stare decisis* possui índole constitucional, não é em razão de um pensamento originário,

Assim, o pensamento predominante segue a linha de que o *stare decisis* se constitui em um princípio que até pode ter índole constitucional, mas não de forma expressa, positivada, fundando-se nos ideais de justiça e previsibilidade inerentes ao sistema.

Tratando das regras de vinculação dos precedentes nos Estados Unidos da América, Toni M. Fine ensina o seguinte:

O precedente pode ser persuasivo ou vinculante. A autoridade vinculante, algumas vezes chamada de obrigatória ou controladora, como o nome sugere, é vinculante, com relação aos casos subsequentes. Decisões vinculantes incluem decisões de Cortes superiores dentro da mesma jurisdição e, algumas vezes, dentro da mesma Corte. Por exemplo, decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos são controladoras em todas as outras Cortes; decisões de um tribunal de apelação federal são vinculantes em todas as Cortes dentro do circuito, em todas as Cortes distritais sob o mesmo alcance geográfico do circuito, assim como o próprio tribunal de apelação.⁵⁶

Como se vê, a grande maioria dos precedentes é vinculante, esclarecendo que a citada autora exemplifica como não vinculantes e sim persuasivos, aqueles oriundos de Cortes de igual alçada de outras jurisdições que serviriam apenas para fins de convencimento.

Dessa forma, em que pese a peculiaridade de possuir um Constituição escrita tenha tornado mais ampla a discussão sobre o fundamento do *stare decisis*, parece inegável que a importância do instituto para o sistema seja equivalente àquela concedida pelo direito inglês, tanto que os fundamentos justificadores da vinculação de precedentes são estudados uniformemente nesses países que adotam o *common law*.

2.1.3 Fundamentos da vinculação de precedentes

Feitos esses breves relatos históricos sobre a sistemática de vinculação de precedentes nos direitos inglês e estadunidense, apesar de o modelo europeu ainda ser mais rígido que o americano, o fato é que este se originou e inspirou naquele, sendo certo que os fundamentos que justificam os *stare decisis* são basicamente os mesmos em qualquer sistema jurídico do *common law* e recaem, especialmente, em determinados aspectos sociais tidos por relevantes nessa cultura. Daniel Henry Chamberlain ressalta que o próprio Direito

intenção ou da estrutura da constituição. Ao contrário, é simplesmente pelo fato de que as cortes consolidaram sua legitimidade na aderência aos precedentes.

⁵⁶ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

romano possuía dispositivos de vinculação e, por conta disso, afirma que a doutrina do *stare decisis* não se trata de uma criação gloriosa do Direito Inglês⁵⁷. Ao definir a importância e a razão de o *stare decisis* existir ele afirma o seguinte: “*Law, to be obeyed, must be known; to be known, it must be fixed; to be fixed, what is decided today must be followed tomorrow; and stare decisis et non quieta movere, is simply a sententious expression of these truths.*”⁵⁸

Thomas S. Currier aprofunda mais o assunto e elenca cinco fundamentos específicos que justificam a observância dos precedentes.⁵⁹ São eles: a estabilidade (*stability*); a proteção da confiança (*protection of reliance*); a eficiência administrativa da justiça (*efficiency in the administration of justice*); a igualdade (*equality*) e, por fim, a imagem da justiça (*the image of justice*)⁶⁰.

⁵⁷ CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its contents*. New York: Baker, Voorhis, 1885. (Tradução livre: A Lei, para ser obedecida, deve ser conhecida; para ser conhecida, deve ser fixada; para ser fixada, o que foi decidido hoje deve ser seguido amanhã; e o *stare decisis et non quieta movere*, é simplesmente a expressão dessas verdades).

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ CURRIER, Thomas S. Time and change in judge-made law: prospective overruling. *Virginia Law Review*, vol. 51, n. 2, march 1965.

⁶⁰ (1) *Stability*. It is clearly socially desirable that social relations should have a reasonable degree of continuity and cohesion, held together by a framework of reasonably stable institutional arrangements. Continuity and cohesion in the judicial application of rules is important to the stability of these institutional arrangements, and society places great value on the stability of some of them. Social institutions in which stability is recognized as particularly important include the operation of government, the family, ownership of land, commercial arrangements, and judicially created relations (as manifested in the doctrine of *res judicata*). (2) *Protection of Reliance*. As previously mentioned, the value here is the protection of persons who have ordered their affairs in reliance upon contemporaneously announced law. It is obviously desirable that official declarations of the principles and attitudes upon which official administration of the law will be based should be capable of being taken as determinate and reliable indications of the course that such administration will in fact take in the future. Private citizens, lawyers, public officials, and judges themselves should not be left in doubt about what "the law" requires, but rather should be able past declarations as authoritative assurances upon which prediction of future decisions, and arrangement of present affairs, can reasonably be based.

(3) *Efficiency in the Administration of Justice*. If every case coming before the courts had to be decided as an original proposition, without reference to precedent, the judicial work-load would obviously be intolerable. Judges must be able to ease this burden by seeking guidance from what other judges have done in similar cases.

(4) *Equality*. By this is meant the equal treatment of persons similarly situated. It is a fundamental ethical requirement that like cases should receive like treatment, that there should be no discrimination between one litigant and another except by reference to some relevant differentiating factor. This appears to be the same value that requires rationality in judicial decision-making, which in turn necessitates that the law applied by a court be consistently stated from case to case. The same value is recognized in the idea that what should govern judicial decisions are rules, or at least standards. The value of equality, in any event, appears to be at the heart of our received notions of justice.

(5) *The Image of Justice*. By this phrase I do not mean that any judicial decision ought to be made on the basis of its likely impact upon the court's public relations, in the Madison Avenue sense, but merely that it is important not only that the court provide equal treatment to assure equality in the administration of justice, but also to project to the public the impression that courts do administer justice equally. persons similarly situated, but that, insofar as possible, the court should appear to do so. Adherence to precedent generally tends not only to assure equality in the administration of justice, but also to project to the public the impression that courts do administer justice equally.

A estabilidade que serve de fundamento para a vinculação é explicada no sentido de que a sociedade deseja a existência de certo grau de coesão e continuidade das relações. Por conta disso, decisões judiciais coesas e contínuas tornam as relações mais previsíveis e estáveis, o que acaba por facilitar a observância do segundo fundamento.

Nesse sentido, intimamente ligado a ideia de estabilidade, temos o ideal de proteção da confiança, no qual ao poder público e aos particulares deve ser permitido confiar nas decisões judiciais anteriores, utilizando-as como parâmetro definidor de conduta juridicamente relevante no futuro. Em outras palavras, ao vincular precedentes, o sistema reforça a confiança dos jurisdicionados nas decisões judiciais, pois lhes permite prever (com base em julgamentos anteriores de questões idênticas ou, ao menos, similares), de forma razoável e confiável, os efeitos de suas condutas futuras,

Já a *equality* traduz a ideia de decisões judiciais uniformes, evitando-se a existência de julgamentos conflitantes para casos idênticos (problema extremamente corriqueiro no direito brasileiro e gerador do senso comum de injustiça). O referido autor cita, inclusive, que o julgamento uniforme de casos idênticos se trata de um postulado ético, lembrando que a igualdade de julgamento está no coração do sentimento de justiça da sociedade.

Os demais postulados, de eficiência do Poder Judiciário e de preservação de sua imagem são bastante próximos, mas não deixam de ser relevantes. Chega ser até curiosa a diferença cultural em relação ao direito pátrio, especialmente quando, ao tratar de eficiência da administração judiciária, Currier afirma que se para cada caso posto em julgamento o magistrado ignorar os precedentes e buscar posições originárias a carga de trabalho se tornará insustentável.

Por fim, ao defender que a vinculação de precedentes protege a imagem da justiça, o jurista deixa claro que não objetiva defender que os julgamentos não devem adotar posições impopulares, pautando-se em clamor social. Na verdade, a ideia é a de que os Tribunais não devem apenas garantir a igualdade de tratamento aos jurisdicionados, mas devem buscar deixar isso transparecer, sendo que a observância de precedentes tende a promover essa sensação na sociedade.

Toni M. Fine também formula cinco fundamentos para a vinculação de precedentes que possuem proximidade com as ideias de Thomas S. Currier. A jurista cita previsibilidade, justiça, eficiência judiciária, integridade do sistema judicial e o processo de tomada de decisões consciencioso, como razões para o uso dos precedentes.⁶¹

⁶¹ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

A previsibilidade por ela citada é justamente no sentido de que o uso dos precedentes torna previsível o direito e gera estabilidade nas relações sociais.

Já a justiça proporcionada pelo uso dos precedentes é chamada pela autora como fundamental ao sistema, e surge da aplicação da mesma decisão a casos similares. Diz ela: “Em suma, um sistema de precedentes cria a sensação de justiça e evita decisões arbitrárias, assim como dá uma aparência de neutralidade ao processo de decisão judicial.”⁶²

Quanto à eficiência judicial e a integridade do sistema, a autora, no mesmo sentido que Thomas S. Currier, destaca a celeridade que uso de precedentes concede aos julgamentos, ressaltando ainda que a vinculação tende a desestimular eventuais demandas que não sejam amparadas por precedentes, bem como estimular a composição entre as partes naqueles em que já posicionamento jurisprudencial consolidado anterior.

Além disso, afirma que é de vital importância que o sistema jurídico desperte a confiança dos jurisdicionados, revelando-se íntegro, sendo que a observância de precedentes gera essa estabilidade e sensação de confiança no regime legal, esclarecendo ainda, que é justamente essa credibilidade do sistema que acaba por exigir dos magistrados maior cautela e consciência na hora de decidir, pois, uma vez estabelecida a premissa de que o precedente será observado no futuro, exige-se ainda mais responsabilidade sobre o magistrado na formulação de proposições, o que tende a resultar em julgamentos mais adequados e justos.

Thomas Healy suscita os ideais de segurança jurídica, igualdade e eficiência como fundamentos do *stare decisis*, mas cita também o controle da atividade jurisdicional, afirmando que a vinculação de precedentes gera restrição judicial e imparcialidade, aduzindo que “*when judges are required to base their decisions primarily on precedent, they have less room to exercise discretion or bias*”.⁶³

Por fim, mas não menos importante, vale lembrar que Luiz Guilherme Marinoni, em defesa da obrigatoriedade da observância de precedentes no Brasil (muito antes da edição do novo Código Civil), elenca nada menos que treze razões relevantes que demonstram o benefício da vinculação de precedentes.⁶⁴

Em que pese não tratar especificamente da vinculação de precedentes na *common law*, mostra-se importante ressaltar que muitas das razões por ele expostas seguem

⁶² Idem.

⁶³ Tradução livre: Quando aos juízes é exigido decidir primordialmente com base em precedentes, eles possuem menos espaço para discricionariedade ou parcialidade.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013..

exatamente a lógica dos autores estrangeiros acima citados e serão melhor analisados no próximo capítulo.

2.2 A alteração de precedentes – *Overruling*

A doutrina do *stare decisis*, tão presente na *common law*, visa garantir estabilidade, previsibilidade e igualdade nos julgamentos, sendo esses os principais fundamentos da vinculação de precedentes. Entretanto, com exceção do período imediatamente anterior ao *practice statement* na Inglaterra, no qual a *House of Lords* consagrou a impossibilidade, inclusive dela própria, de rever suas decisões pretéritas, a possibilidade de revisão e, por conseguinte, de superação de precedentes sempre foi reconhecida e aceita no sistema. Inclusive, algumas conceituações clássicas do *stare decisis* já contemplavam a possibilidade de atualização de entendimentos como, por exemplo, aquela promovida por Blackstone, segundo o qual: “*The doctrine of the law then is this: that precedents and rules must be followed unless flatly absurd or unjust*”.⁶⁵

No mesmo sentido, de forma mais ampla, Kent afirma:

*A solemn decision upon a point of law, arising in any given case, becomes an authority in a like case, because it is the highest evidence which we can have of law applicable to the subject, and the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed, unless it can be shown that the law was misunderstood or misapplied in that particular case.*⁶⁶

Toni M. Fine esclarece que:

O *stare decisis* é visto como uma tendência a seguir casos similares anteriormente decididos, e não como uma regra inflexível. Enquanto as Cortes inferiores estão limitadas por precedentes aplicáveis decididos por Cortes com força para vinculá-las, essas Cortes devem sobrepor seus próprios fundamentos.⁶⁷

A autora lembra que a própria Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do case *Ring v. Arizona* reconheceu expressamente a mutabilidade de suas decisões afirmando: “A doutrina do *stare decisis* é de fundamental importância para a ‘legalidade

⁶⁵ CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its contents*. New York: Baker, Voorhis, 1885. (Tradução Livre: A doutrina da lei então é isso; os precedentes e julgamentos devem ser seguidos a não ser que sejam manifestamente equivocados ou injustos.

⁶⁶ Idem. (Tradução livre: Uma decisão solene sobre uma questão legal, surgida em qualquer processo, possui autoridade sobre os casos análogos, em razão ser a maior evidência da norma aplicável e os juízes estão obrigados a seguir tal decisão enquanto ela não for revertida, a não ser quando a lei for incompreendida ou mal aplicada ao caso em particular).

⁶⁷ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

material' (*rule of law*), mas nossos precedentes não são sacrossantos. Já sobrepujamos decisões anteriores nas quais a necessidade e a propriedade de fazê-lo foram definidas.”⁶⁸

Entretanto, o fato de ser reconhecida a possibilidade de revisão dos precedentes, não significa que ela seja uma prática corriqueira e recorrente, muito pelo contrário. Por conta dos próprios fundamentos do *stare decisis*, que resultam na cultura de manutenção e respeito às decisões, possíveis alterações nos precedentes podem causar grandes impactos sociais, razão pela qual as Cortes possuem muita cautela na condução do *overruling*. Fine reconhece tal situação, lembrando que as Cortes não têm o costume de revogar seus precedentes:

É importante levar em consideração que as Cortes normalmente relutam em revogar suas próprias decisões, pelas mesmas razões por que a doutrina do *stare decisis* mostra-se, antes de tudo, tão atraente: pela eficiência, imparcialidade e previsibilidade.⁶⁹

Aharon Barak pauta, inicialmente, que as decisões da Suprema Corte são vinculantes às demais Cortes, bem como que ela possui a prerrogativa de rever seus posicionamentos anteriores. O referido autor ressalta que o abandono injustificado dos precedentes em prol da opinião pessoal do membro da Corte é altamente prejudicial ao sistema, ressaltando que as Cortes são órgãos de justiça e não de juízes, afirmando não ser razoável que uma Corte tenha a mesma quantidade de opiniões sobre determinado tema quanto à quantidade de seus membros, o que não deixa de ser um alerta interessante aos tribunais superiores do Brasil.⁷⁰

Luiz Guilherme Marinoni ressalta o seguinte sobre a modificação de precedentes:

Não é pela razão de ter poder de revogar os seus próprios precedentes que a Corte pode revogá-los à distância de circunstâncias especiais, como se a todo instante pudesse rever a mesma questão jurídica. Como já dito, não há qualquer sentido em ter o poder para elaborar precedente e não ter o dever de respeitá-lo.⁷¹

Apesar de exigir grande responsabilidade das Cortes, o *overruling* é uma realidade, bem como uma necessidade, sendo de vital importância tentar estabelecer parâmetros adequados para aplicá-lo.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ BARAK, Aharon. *Overruling precedente*. *Israel Law Review*, vol. 21, n. 3-4, 1986.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013..

Na visão de Aharon Barak, existem duas situações distintas na prática do *overruling* que demandam ou não esforço da Corte. Na hipótese de uma decisão prévia ser manifestamente incorreta, ilegal ou baseada em um erro, há a obrigação de não se aplicar o precedente, atualizando-se o entendimento sobre o tema sem maiores traumas, pois tal prática decorre não apenas da obrigação legal de se estabelecer a regra correta, mas de necessidade do ponto de vista moral.⁷²

Por outro lado, em determinadas situações, surge a figura por ele denominada de *Hard Cases*, identificando-os como aqueles casos nos quais existe um precedente válido, que não padece de ilegalidade, mas que a Corte atualmente já não mais o considera como a solução ideal e, se julgasse livremente, como se fosse a primeira vez que enfrenta a questão, adotaria solução diversa da estabelecida no precedente.⁷³

Nessas situações, em que determinada questão possui mais de uma solução juridicamente aceitável, especialmente por conta do caráter vinculante das decisões, é que a Corte deve ter muita cautela na alteração do precedente, pois ele serviu de parâmetro de conduta aos jurisdicionados, que confiaram em suas premissas, sendo que a quebra de tal confiança necessita ser amplamente justificável.

Com isso em mente, a revogação de um precedente deve passar, inicialmente, pelo teste de razoabilidade, que consiste no sopesamento sério e criterioso, pelo julgador, dos benefícios e malefícios que a manutenção ou a revogação do precedente causará, escolhendo aquela que melhor atenda aos interesses da sociedade, mesmo que pessoalmente com ela não concorde.⁷⁴

Citando Melvin Eisenberg, Luiz Guilherme Marinoni consigna que um precedente pode ser revogado quando ele não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica. Para Marinoni a

(...) revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a

⁷² BARAK, Aharon. Op. cit.

⁷³ *Here we must distinguish between two types of prior decisions. At times, the Court may view a prior decision as incorrect, unlawful or premised upon a mistake. In such cases, the Court must deviate from the prior stand. (...) But at other times, the prior decision is a possible one. It is lawful, but not an alternative the present Court would have chosen had it sat in judgment. These are the "hard cases" that admit of more than one legal solution.*

⁷⁴ *"In weighing whether or not to overrule a precedent, a judge must act objectively. He must realize not his personal views, but those that he sees as fitting the demands of the present. Moreover, he must not show preference to his own prior judgments as against those of others. He must not promote previously accepted or rejected ideas merely because they were once his own. All are equal before the judge - including his own decisions".* (BARAK, Aharon. *Overruling precedente. Israel Law Review*, vol. 21, n. 3-4, 1986).

estabilidade ou a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a prevenção contra surpresa injusta.⁷⁵

No caso, a incongruência social seria em relação às proposições morais, políticas e de experiência e a inconsistência sistêmica estaria relacionada com a existência de conflito entre o precedente a ser revogado e outras decisões ou ainda normas posteriores à sua edição.

Mais precisamente, é absolutamente razoável, especialmente no *common law*, que um precedente tenha se pautado em proposições morais da sociedade, entretanto, como naturalmente ocorre, os padrões de moralidade se modificam e evoluem com o tempo, sendo possível que, num momento posterior, determinado precedente deixe de acompanhar tal evolução, tornando possível sua revogação por incongruência social.

Já a inconsistência sistêmica, decorre da existência de precedentes conflitantes e se mostra bastante prejudicial ao sistema jurídico, pois lhe retira uma das principais virtudes que é justamente a estabilidade.

A presença de decisões paradigmáticas contraditórias ou ao menos conflitantes, sem dúvida, gera incerteza aos jurisdicionados e não lhe desperta o ideal de confiança justificada, fazendo com que a revogação do precedente atenda melhor aos interesses da sociedade e acabe, inclusive, por trazer mais estabilidade ao sistema.

Há, ainda, a possibilidade de um precedente ser superado ou ter sua premissa abandonada em decorrência de alteração legislativa, pois a regra estabelecida para o direito antecedente não se mostra mais adequada ao direito superveniente. Em que pese possuir um número menor de regras escritas, o *common law* também as possui e a atualização legislativa pode levar a desatualização de entendimentos jurisprudenciais.

Por fim, destaque-se também que, segundo Toni M. Fine, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem buscado atingir um certo pragmatismo na revogação de seus precedentes, elencando fatores que devem ser considerados para justificar o *overruling*: 1) as regras estabelecidas não se mostram aplicáveis na prática; 2) a regra está sujeita a um tipo de condicionante que trará uma dificuldade ou iniquidade se for revogada; 3) um princípio legal sofreu tamanha alteração que o precedente não passa de uma “reminiscência de uma doutrina abandonada” e 4) houve tamanha alteração nos fatos ou em sua interpretação que o precedente perdeu sua aplicabilidade ou justificativa.⁷⁶

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁶ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

2.2.1 *Anticipatory overruling*

Em que pese o poder de superar um precedente recair sobre a Corte que o editou, doutrina e jurisprudência da *common law* reconhecem a figura do *anticipatory overruling*, que consiste na não aplicação de um precedente por uma Corte inferior à que o editou, sob pretexto justificado.

Imprescindível pontuar, *ab initio*, que a não aplicação do precedente, em hipótese alguma pode se pautar em mera discordância da Corte com o seu teor, tendo-se em vista que tal prática afrontaria diretamente o caráter vinculante do precedente e, principalmente, a sistemática, lógica e coerência da doutrina do *stare decisis*.

Pontue-se, também, que eventual antecipação, igualmente não deve ser confundida com a distinção (*distinguishing*) tendo-se em vista que esta última se trata, na verdade, da diferenciação entre o caso em julgamento e o precedente invocado, fazendo com que este último não seja aplicável.

Como se vê, em casos de distinção, a inaplicabilidade não guarda nenhuma relação com a validade ou o caráter vinculante do precedente que, na realidade, são plenamente reconhecidas e reiteradas, mas sim em uma não aplicação fundamentada na existência de divergências fáticas entre o caso em julgamento e o precedente, que afastam a aplicabilidade deste último no caso concreto.

Assim, reiterando que somente a Corte autorizada a firmar o precedente possui a prerrogativa de alterá-lo ou revogá-lo formalmente, atendidas circunstâncias especiais, é possível às Cortes inferiores “antecipar” tal revogação e deixar de aplicar o precedente.

A utilização do *anticipatory overruling* pode ser caracterizada por uma presunção da Corte inferior de que o precedente perdeu sua eficácia e será logo revogado formalmente pela Corte superior que o editou. É justamente por isso que a concordância da Corte inferior com o teor do precedente é irrelevante à aplicação do *anticipatory overruling*, pois o que se busca com essa técnica é respeitar a vontade da Corte superior, tendo-se em vista que sua não aplicação somente pode ocorrer quando restar suficientemente previsível que ele se encontra superado, conforme entendimento da própria Corte superior.

Evidente que a não concordância da Corte inferior com o precedente tende a torná-la mais suscetível a reconhecer de forma antecipada a superação, entretanto, é plenamente possível e, em determinados casos, recomendável, a Corte, apesar de ainda concordar com o precedente, reconhecer que a instância superior já deu sinais suficientes de que ele se encontra superado e invocar a técnica para justificar sua não aplicação em um caso concreto.

Essa presunção pode ser alcançada de diversas maneiras, entretanto, a Corte que deseja utilizar dessa prerrogativa deve fazê-lo de forma bastante fundamentada e criteriosa, sob pena de o julgamento ser interpretado como mero desrespeito ao precedente, que certamente será cassado ou reformado.

Há também, em relação às partes do processo, um sopesamento de expectativas muito relevantes a ser considerado. Isso porque, como exposto anteriormente, a vinculação de precedentes decorre, dentre outros, do princípio da proteção da confiança e o *anticipatory overruling* situa-se no limite do respeito a tal princípio. Não se pode perder de vista que a parte que invoca o precedente, primordialmente, deposita uma confiança justificada em sua premissa e confia na sua preservação. Assim, justamente por isso, a análise da força e credibilidade do precedente se mostra imprescindível a tornar justificável eventual revogação antecipada. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, essa técnica permite a uma Corte de apelação afirmar que um precedente específico da Suprema Corte, antes aplicável ao caso em julgamento, encontra-se superado, deixando de aplicá-lo e, por conseguinte, declarar sua superação antecipada.

Luiz Guilherme Marinoni indica os seguintes fundamentos para essa técnica:

Os fundamentos mais importantes, apontados pela doutrina, para o *anticipatory overruling* são: i) o desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; e iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente.⁷⁷

O citado autor explicita que o desgaste do precedente ocorre quando, em casos similares, a Suprema Corte utiliza fundamentos diversos e incompatíveis com a decisão contra a qual se busca antecipar a revogação e, também, em outros julgamentos, nos quais entende que o precedente não é aplicável, mas igualmente adota premissas não compatíveis com ele.

No que tange à consciência de que a Suprema Corte deseja revogá-lo, trata-se de um anúncio de alerta de que o precedente não mais se adequa ao entendimento da Corte e que essa apenas aguarda a chegada de uma ação sobre o tema para posicionar-se oficialmente sobre a matéria e revogar o precedente, abrindo caminho para que as Cortes de apelação se antecipem e já deixem de aplicar o entendimento.

Essa técnica da Suprema Corte de dar publicidade ao seu desejo e revisar determinado precedente tem papel importante no aspecto da segurança jurídica das relações

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

sociais, bem como de evitar a surpresa injusta, pois torna público o desgaste do precedente e sua possível revogação, permitindo, por conseguinte, que se deixe de pautar condutas naquele entendimento. Os críticos à essa técnica, com bastante fundamento, ressaltam que a subjetividade a ela inerente tende a tencionar o ideal de estabilidade, fundamento do *stare decisis*. Argumenta-se que como se trata de um juízo de previsibilidade, é plenamente possível que Cortes inferiores vinculadas ao precedente tenham visões diferentes sobre a posição da Corte superior acerca da validade do precedente, o que pode levar a julgamentos divergentes em uma mesma instância recursal, justamente o que *stare decisis* visa evitar.

Dessa forma, o *anticipatory overruling* não consiste na revogação propriamente dita de um precedente, tendo-se em vista que ele é promovido pelas Cortes inferiores àquela que o firmou e, evidentemente, somente esta última pode fazê-lo.

Mas, sem dúvida, é um importante instrumento de fixação do posicionamento jurisprudencial no tempo, permitindo aos jurisdicionados se precaver quanto à eficácia ou ao desgaste de determinado precedente antes de sua revogação, evitando-se surpresas não razoáveis àqueles que optarem por continuar acreditando no precedente, preservando-se a previsibilidade e a credibilidade das decisões judiciais.

2.3 Modulação dos efeitos da alteração de precedentes

A revogação de um precedente, como regra, no *common law*, tem efeito retroativo, aceitando-se de forma até natural a aplicação do novo entendimento a situações pretéritas ainda sujeitas a julgamento. Nas palavras de G. Tedeschi:

*Innovations in case law have traditionally always had retroactive effect also, first on the case in question, and therefore on past conduct, and then, to the extent that authority attaches to the precedent or it is at least followed in practice, on other cases subsequently heard, although the conduct involved here also preceded the declaration of the new rule.*⁷⁸

O jurista lembra ainda a proposição adotada pelo Justice Holmes da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co*: “*I know of no authority in this case to say that in general state decisions shall make law only for the future. Judicial decisions have had retrospective operation for near a thousand years.*”⁷⁹

⁷⁸ TEDESCHI, G. Prospective revision of precedent. *Israel Law Review*, vol. 8, n. 2, april 1973. (Tradução livre: Inovações de jurisprudência tradicionalmente sempre possuíram efeito retroativo, primeiro para o caso em julgamento e, portanto, na conduta passada, em seguida no alcance da autoridade do precedente, que é seguido nos casos subsequentes, apesar de essa conduta envolver a declaração de uma nova regra.

⁷⁹ Idem. (Tradução livre: Não conheço nenhuma regra que permita afirmar que, em geral, as decisões estatais

Como regra geral, a retroatividade do novo entendimento se mostra mais justa, tendo-se em vista que a revogação de um precedente pressupõe que este último estabelecia regra equivocada, ilegal, injusta ou, ainda, uma que se tornou incompatível com os padrões sociais vigentes, sendo recomendável, para obtenção da justiça, que a nova regra seja aplicável aos casos pretéritos que ainda estejam pendentes de julgamento.

Luiz Guilherme Marinoni destaca que

(...) as decisões do *common law* são normalmente retroativas, no sentido de que a nova regra, estabelecida para o caso sob julgamento, é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que as fixou, bem como a todas aquelas que lhe são similares e, assim, estão expostas à mesma *ratio decidendi*.⁸⁰

Entretanto, ao longo do tempo, partindo-se dos fundamentos da própria doutrina do *stare decisis*, especialmente a proteção da confiança e a estabilidade, passou-se admitir a limitação dos efeitos retrospectivos da superação de precedentes, concedendo ao novo entendimento, efeitos apenas prospectivos, ou seja, para o futuro. O jurista brasileiro, ainda discorrendo sobre a realidade do *common law*, afirma que a modulação dos efeitos da alteração de um precedente decorre da plena consciência de que “a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados, é tão injusta quanto a perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto.”⁸¹

Aharon Barak ilustra a situação explicitando que, na análise de determinado precedente, é possível a Corte entender que ele não se mostra mais a melhor solução para a controvérsia, comportando revogação. Entretanto, a confiança da sociedade no referido precedente é tão vigorosa que a Corte se via, originalmente, obrigada a escolher entre dois caminhos, sendo o primeiro a observância do precedente e, o segundo, a revogação com efeitos retroativos, tendendo a optar pelo primeiro para evitar os traumas sociais que a revogação causaria. Por outro lado, justamente nessa situação é que surge uma terceira opção, que abarcaria os dois ideais em conflito perante a Corte, ou seja, proteger a confiança

sejam aplicáveis apenas para o futuro. Decisões judiciais tem tido efeitos retroativos por aproximadamente mil anos.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

e, ao mesmo tempo atualizar direito, que consiste na superação do precedente com efeitos meramente prospectivos, o chamado *prospective overruling*.⁸²

Nessa linha de pensamento, Thomas S. Currier afirma que, em regra, é utilizada uma de duas proposições para justificar a concessão de efeitos de prospectivos à alteração de precedente: i) para proteger pessoas que pautaram suas condutas na regra à época estabilizada pelo precedente agora superado; ii) para garantir estabilidade em uma área do direito para a qual a sociedade reconhece a especial relevância nessa concessão⁸³. O jurista estadunidense ressalta, ainda, que a modulação deve sopesar os efeitos que terá sobre os cinco fundamentos por eles citados que compõem a doutrina do *stare decisis* (*Stability, Protection of Reliance, Efficiency in the Administration of Justice, Equality, The Image of Justice*), afirmando que, se ao justificar a vinculação de precedentes, todos andam em conjunto, na mesma direção, ao se promover o *prospective overruling*, eles acabam entrando em conflito:

*While all five tend to line up on the side of stare decisis, diferente values wind up on different sides of the next question, whether to overrule prospectively or retroactively, depending on the nature of the case. Also, in concrete cases, the five values have unequal weight, depending on the circumstances and subject-matter of the particular case.*⁸⁴

Citando Melvin Eisenberg, Luiz Guilherme Marinoni justifica a importância do instituto e sua aplicação:

Mas, para que a não retroatividade se justifique, exige-se que a credibilidade do precedente não tenha sido abalada, de modo a não tornar previsível a sua revogação. Caso a doutrina e os tribunais já tenham advertido para o equívoco do precedente ou apontado para a sua conveniente ou provável revogação, não há confiança justificável ou confiança capaz de fazer acreditar que os jurisdicionados tenham, legitimamente, traçado os seus comportamentos e atividades de acordo com o precedente. De modo que, para que o *overruling* não tenha efeitos

⁸² *On occasion, after examining a previous decision and finding that he desires to change it, a judge finds that the reliance argument is so Strong - whether alone or together with other arguments - that it prevents him from realizing his desire. In such circumstances there would appear to be but these two choices: honouring the precedent or retroactively overruling, with the scales favouring the former. Here, however, a third possibility arises: 2 overruling the precedent (for the reasons that support this), while giving the new rule only prospective force (in order to avoid harm to the reliance interest). We thus find that prospective overruling offers itself as a solution to the reliance problem.*

⁸³ No original: *When overruling decisions have been denied retroactive effect, it has almost always been for either or both of the following reasons: (1) to protect persons who have ordered their affairs in reliance upon what they contemporaneously perceived to be the law; (2) to protect stability in an area where society has recognized stability to be of particular importance.*

⁸⁴ CURRIER, Thomas S. Time and change in judge-made law: prospective overruling. *Virginia Law Review*, vol. 51, n. 2, march 1965. (Tradução livre: Enquanto os cinco fundamentos se alinham com o *stare decisis*, diferentes valores se posicionam em lados opostos quando se trata de superação com efeitos prospectivos ou retroativos, dependendo da natureza do caso. Além disso, os cinco valores possuem pesos diferentes dependendo do assunto e das circunstâncias do caso em particular).

retroativos, as situações e relações antes estabelecidas devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma “confiança justificada”.⁸⁵

Antonio de Pádua Soubhie Nogueira explicita as situações na quais as Cortes de Nova Iorque entendem ser possível a concessão de efeitos prospectivos a um novo precedente:

Bem se vê, muito embora seja usual que a regra do precedente afete as relações jurídicas como um todo, com eficácia retroativa, as Cortes de Nova Iorque – e em geral todas as demais dos EUA – têm o poder de revisar *prospectivamente* sua jurisprudência, observadas as seguintes premissas: (a) quando a decisão posterior estabelecer *um novo princípio legal*, seja por reformar uma jurisprudência na qual os litigantes possam ter depositado sua confiança ou mesmo por *decidir uma questão que não fora antes suficientemente esclarecida*; (b) nos casos nos quais os méritos e deméritos de cada caso precisam ser sopesados através da análise histórica da regra em disputa, seus objetivos e efeitos, e a aplicação retroativa irá prejudicar ainda mais a aplicação da lei; (c) na aplicação retroativa da decisão que possa causar o risco de produzir resultados substancialmente não-equitativos.⁸⁶

Como se vê, a concessão de efeitos prospectivos à alteração de precedente deve ser feita para preservar a confiança, evitando surpresas injustas ao jurisdicionado e a perda de credibilidade do Poder Judiciário. Ora, sendo o precedente de observância obrigatória, em determinados casos, punir a parte que ao tempo da adoção de conduta observou justamente a regra vigente à época, pode causar injustiça desmedida, abalando a confiança justificada que fundamenta a própria ideia do *stare decisis*.

Dessa forma, quando a revogação ou alteração de precedente é de tal maneira surpreendente à comunidade jurídica, que não podia ser antecipada, entende-se razoável preservar a legalidade dos atos pretéritos, como meio de preservar a confiança e a integridade do sistema.

Em resumo, o *prospective overruling* consiste, basicamente, na decisão da Corte de, ao revogar determinado precedente, limitar os efeitos da revogação apenas para situações posteriores, a partir da própria decisão ou mesmo de outro momento futuro.

Essa técnica visa evitar distorções nos casos em que, apesar de o precedente realmente necessitar de revogação, não se mostrar razoável que essa revisão seja aplicada a

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Rev. TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, jul/set 2011. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/Efic%C3%A1cia+temporal+da+revoga%C3%A7%C3%A3o+da+jurisprud%C3%Aancia+consolidada+dos+tribunais+superiores>>. Acesso em 15.10.2013.

⁸⁶ NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. São Paulo: 2013.

casos e situações pretéritas, pois surpreenderia os jurisdicionados de forma não razoável e abalaria sua confiança justificada e a segurança das relações sociais.

Destaque-se, por fim, que, em matéria criminal, a Suprema Corte dos Estados Unidos, pela sensibilidade absoluta das questões envolvidas, já consolidou o entendimento de que precedentes sobre regras substantivas (materiais) sempre serão aplicados de forma retroativa e os precedentes sobre questões procedimentais (formais), tendem a ser aplicadas apenas para o futuro.

Recentemente, em abril de 2016, houve um julgamento emblemático sobre o tema, o *Welch v. United States*, no qual se discutia se um novo precedente deveria ou não ser aplicado retroativamente, sendo que a discussão orbitou justamente a natureza da regra estabelecida por novo precedente, ou seja, se se tratava de algo substantivo (*Substantive rules*) ou procedimental (*Procedural rules*). Nas palavras da própria Corte: “*New constitutional rules of criminal procedure generally do not apply retroactively to cases on collateral review, but new substantive rules do apply retroactively*”.⁸⁷

No caso concreto, a Corte havia fixado o entendimento, no caso *Johnson v. United States*, que determinado diploma legal, aplicado no julgamento de Welch, que aumentou sua pena, padecia de inconstitucionalidade por ser genérico em excesso (*void-for-vagueness doctrine*), sendo que foi reconhecido, por maioria, o caráter substantivo do precedente e determinada sua aplicação retroativa para beneficiar Welch.

2.4 Técnicas de modulação dos efeitos da alteração de precedentes

Em que pese a concessão de efeitos prospectivos à determinada alteração de jurisprudência, especialmente nos Estados Unidos, seja algo já visto como natural do sistema jurídico, a aplicação do *prospective overruling* ainda possui diversos fatores que devem ser levados em consideração. A realidade é que existe mais de uma forma de aplicá-lo, reconhecendo-se diferentes técnicas de modulação que discutem, inclusive, se o novo entendimento deve ou não ser aplicado no caso em julgamento que gerou a alteração do precedente. Assim, a modificação de um precedente com efeitos prospectivos possui, basicamente, três estágios distintos, sequenciais, de extrema relevância e que exigem grande cautela e responsabilidade da Corte que está prestes a alterar seu precedente.

⁸⁷ Tradução livre: Novas regras constitucionais de processo penal, em geral, não se aplicam retroativamente a casos análogos, mas novas regras de direito material se aplicam retroativamente.

O primeiro seria a própria alteração em si, ou seja, o reconhecimento de que o precedente em debate já não mais se adequa ao sistema jurídico e necessita ser modificado.

Ato contínuo, especialmente com base no princípio da proteção da confiança, pensando na segurança jurídica em seu aspecto subjetivo, a Corte deve decidir se é o caso de limitar os efeitos do novo entendimento no tempo, concedendo-lhe efeitos meramente prospectivos.

Caso se chegue a essa conclusão, o terceiro e último estágio consiste em definir como será feita a limitação de retroatividade, sendo certo que a doutrina do *common law* discorre sobre diversas técnicas diferentes, sendo possível afirmar que existem três formas de aplicação do *prospective overruling* mais aceitas e utilizadas.

2.4.1 Formas de *Prospective overruling*

Estabelecido que o *prospective overruling* consiste na modulação dos efeitos da alteração de precedente para o futuro ou, em outras palavras, na limitação da retroatividade da alteração jurisprudencial, que produzirá efeitos apenas para o futuro, cumpre compreender como ela é efetivamente aplicada.

Doutrinariamente, visualizam-se diversas formas de aplicar os efeitos prospectivos da alteração de precedentes. Entretanto, as mais aceitas e comuns são três técnicas que se diferenciam pela análise do exato momento em que o novo entendimento passará a produzir efeitos.

A primeira delas seria o *pure prospective overruling*, que consiste na concessão pura de efeitos de prospectivos ao novo entendimento. Nessa técnica, o novo precedente passa a produzir efeitos a partir do seu julgamento, entretanto, apenas para casos futuros, não se aplicando sequer ao caso em julgamento.

Nas palavras de Aharon Barak,

*The term “prospective overruling” covers several different techniques. The first may be called “purely prospective”. In this method the court overrules its precedent for the future only. Its decision does not apply to the case at bar, to the public at large or to pending cases.*⁸⁸

⁸⁸ BARAK, Aharon. Overruling precedente. *Israel Law Review*, vol. 21, n. 3-4, 1986. (Tradução livre: O termo “prospective overruling” engloba diversas técnicas. A primeira pode ser chamada de “prospectiva pura”. Nesse método, a Corte supera o precedente com efeitos apenas para o futuro, não sendo aplicável ao caso em julgamento, ao público em geral e aos casos pendentes de julgamento.

A ideia central, nesse caso, é respeitar ao máximo a proteção da confiança daqueles que acreditaram no precedente, defendendo-os da chamada surpresa injusta, especialmente quando não havia sequer indicativo de que ele poderia ser superado.

Citando Melvin Eisenberg, Luiz Guilherme Marinoni relata que a principal crítica feita a essa técnica é:

Se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despendida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo litigante que busca a tutela jurisdicional. Isso quer dizer que o uso do *prospective overruling* pode desestimular a propositura de ações judiciais contra determinados precedentes.⁸⁹

Já a segunda técnica, denominada *prospective-prospective overruling*, é muito próxima da primeira, mas possui a peculiaridade de a Corte fixar uma data específica futura para que o novo precedente passe a produzir efeitos. Novamente nas palavras de Aharon Barak: “*The second technique is ‘prospective-prospective overruling’. This is a form of the ‘purely prospective’ technique that sets a future date for the entry into force of the new rule.*”⁹⁰. Segundo o jurista israelense, o objetivo dessa técnica, ao atrasar o início da vigência do novo entendimento, é permitir ao jurisdicionados que se planejem para a nova realidade jurídica, bem como possibilitar ao Poder Legislativo, caso queira, tomar uma posição sobre assunto, elaborando uma nova legislação sobre o tema.⁹¹

Entretanto, ele próprio lembra algumas críticas comumente atribuídas a essa modalidade afirmando que: “*It can be argued that this technique transgresses the boundary between adjudicating and legislating. It can also be contended that, in effect, the technique places a gun to the legislature’s head with a threat of “act or we shall act in your stead”.*”⁹² Marinoni ressalta que nessa técnica, como o *overruling* tem efeitos “somente a partir de certa data, as situações e relações que se formam depois da decisão são tratadas de modo diverso, conforme tenham se estabelecido antes ou depois da data prevista na decisão, ainda que esta

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁰ BARAK, Aharon. Op. cit. (Tradução livre: A segunda técnica é a superação prospectiva-prospectiva. Ela é uma forma de prospecção pura, na qual é marcada uma data futura para o novo entendimento passar a valer).

⁹¹ No original: *The purpose of postponement is to allow the public time to reorganize its affairs in anticipation of the upcoming change. It also affords the legislature an opportunity to take a stand in the matter.*

⁹¹ No original: *The purpose of postponement is to allow the public time to reorganize its affairs in anticipation of the upcoming change. It also affords the legislature an opportunity to take a stand in the matter.*

⁹² Tradução livre: Pode ser argumentado que essa técnica ultrapassa o limite entre julgar e legislar. É possível também que se argumente que a técnica significa colocar uma arma na cabeça do legislador com ameaçando a atuar.

tenha declarado a ilegitimidade do precedente.”⁹³. O jurista brasileiro ainda traz outra preocupação com o uso inadequado dessas técnicas, pois elas podem levar ao desinteresse das partes na investigação relativa ao vigor dos precedentes que pretendem invocar, afirmando que a má utilização elimina a necessidade “de os advogados analisarem como os precedentes estão sendo vistos pela doutrina e de que forma os tribunais vêm tratando de pontos correlatos com aqueles definidos na *ratio decidendi* do precedente.”⁹⁴

Já a terceira técnica, às vezes simplesmente denominada de *prospective overruling*, ou então de *prospective-retroactive overruling*, consiste na aplicação do precedente apenas para situações futuras, com exceção para o caso em julgamento para o qual o novo precedente é aplicado. Seguindo o raciocínio de Aharon Barak: “*A third technique is ‘prospective-retroactive overruling’. This technique applies the new rule prospectively to all but the case at bar, to which it applies retroactively.*”⁹⁵

A grande discussão que recai sobre essa técnica diz respeito ao tencionamento que ele gera no ideal de igualdade, pois acaba tratando de forma diferente pessoas que enfrentaram, contemporaneamente, a mesma situação. Marinoni ressalta que

(...) a admissão da retroatividade em relação a apenas um caso ou somente ao caso sob julgamento faz com que todos os outros casos passados sejam tratados à luz do precedente, embora se declare que este não mais tem autoridade. Tais situações permitem o surgimento de resultados inconsistentes.⁹⁶

Apesar de existirem críticas e ser inegável que o uso inadequado do *prospective overruling* pode causar transtornos e até injustiças, especialmente nos Estados Unidos da América, já se consolidou o entendimento de que, sendo bem utilizado, o *prospective overruling* é medida extremamente salutar e necessária, gerando mais benefícios que prejuízos, sendo expressamente aceito e utilizado pela Suprema Corte daquele país. Em sendo bem utilizado, Aharon Barak ressalta os seguintes benefícios:

In favour of prospective overruling, it is emphasized that this allows the court to deviate from precedent without running afoul of the problem of reliance. The court achieves the desired result (overruling an unacceptable precedent) without harming the reliance interest. Thus certainty and stability are preserved while the

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia Temporal da Revogação da Jurisprudência Consolidada dos Tribunais Superiores*. Disponível em <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/26897>>. Acesso em 15.10.2013

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ BARAK, Aharon. Overruling precedente. *Israel Law Review*, vol. 21, n. 3-4, 1986. (Tradução livre: A terceira técnica é a superação prospectiva-retroativa. Nela, a nova regra se aplica apenas para futuro, com exceção do caso em julgamento, para o qual ela se aplica retroativamente.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit.

*law is adjusted to social changes. Indeed it is a kind of "wonder drug" that allows for simultaneous stability and movement. Just as a law repealing a previous law generally applies prospectively, and not retroactively, so applies a new judicial rule overruling an earlier precedent.*⁹⁷

Nas palavras de Thomas S. Currier, a dificuldade de sua utilização decorre do fato de que se é inegável que ele resulta na proteção dos ideais de estabilidade e proteção da confiança, ao mesmo tempo, ele tenciona e pode gerar prejuízos ao de eficiência da administração da justiça e, principalmente, aos de igualdade e de imagem da justiça.⁹⁸

⁹⁷ BARAK, Aharon. Overruling precedente. *Israel Law Review*, vol. 21, n. 3-4, 1986. (Tradução livre: A favor da superação prospectiva é enfatizado que ela permite a corte superar o precedente sem enfrentar o problema da confiança. A corte alcança o objetivo (superar um precedente inaceitável) sem prejudicar a proteção da confiança. Assim, segurança e estabilidade são preservadas ao mesmo tempo que a jurisprudência é ajustada às mudanças sociais. De fato, é uma espécie de “pílula mágica” que concede estabilidade e atualização ao mesmo tempo. Da mesma forma que a nova lei se aplica apenas para o futuro, o novo precedente também o faz.

⁹⁸ CURRIER, Thomas S. Time and change in judge-made law: prospective overruling. *Virginia Law Review*, vol. 51, n. 2, march 1965.

3. EFEITOS TEMPORAIS DA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Conceito clássico dos efeitos da alteração da jurisprudência

Como sucedâneo dos conceitos tradicionais do papel da jurisprudência no ordenamento jurídico, que relegam um papel informativo ou, no máximo, persuasivo, às decisões judiciais pretéritas, os entendimentos relativos à aplicação da jurisprudência no tempo costumemente não viam necessidade de nenhum ajuste quando da ocorrência de alguma modificação de posicionamento. Os mesmos argumentos utilizados pela comunidade jurídica para afastar da jurisprudência o caráter de fonte efetiva do direito, em regra, foram utilizados para defender sua irrestrita retroatividade no sistema legal. A premissa principal seria no sentido de que a jurisprudência não é lei e não inova a ordem jurídica, pois, no máximo, revela o conteúdo latente da norma já em vigor.

Por tal condição, o entendimento é que os precedentes judiciais representam apenas e tão somente um entendimento de determinado tribunal, sem índole criativa de direito. Daí a visão tradicional favorável à ampla e irrestrita retroatividade da jurisprudência, pois esta não se submeteria às regras de direito intertemporal, devendo os novos entendimentos serem aplicados aos atos já praticados e consumados, inclusive em processos judiciais ainda pendentes de solução definitiva. Assim, as condutas pautadas na jurisprudência, mesmo que já encerradas, não seriam abarcadas pela proteção do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não podendo ser consideradas como ato jurídico perfeito.

Esse posicionamento clássico foi amplamente aplicado pelos tribunais superiores, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal que, por exemplo, em julgamento ocorrido em 1994, fixou o seguinte entendimento acerca da aplicação da jurisprudência sumulada no tempo:

O conteúdo das formulações sumulares limita-se a contemplar e a consagrar, no âmbito dos tribunais, a sua orientação jurisprudencial predominante, caracterizada pela reiteração de decisões em igual sentido. - o enunciado sumular assume valor meramente paradigmático, pois exprime o sentido da jurisprudência prevalecente em determinado tribunal. A súmula nada mais é do que a cristalização da própria jurisprudência. – as súmulas dos tribunais não se submetem às regras de vigência impostas às leis. Nada impede que os magistrados e tribunais dirimam controvérsia com fundamento em orientação sumular fixada após a instauração do litígio.⁹⁹

⁹⁹ STF, AIAgR 137.619/DF, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, J. 04.08.1993, DJU 18.03.1994, p. 5.153. Cf., ainda, STF, AIAgR 94.421/RJ, 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, J. 21.10.1983, DJU 11.05.1984, p. 7.210

O Tribunal Superior do Trabalho, quando chamava seus verbetes de “enunciados”, decidiu a questão de forma similar:

(...) 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.¹⁰⁰

Tais julgados refletem com exatidão o conceito clássico de aplicação da jurisprudência no tempo, no sentido de que a ela não se aplicam as regras de direito intertemporal e que sua aplicação retroativa não possui limites.

Todavia, essa conclusão invariável e absolutista no sentido de que a jurisprudência deve, sempre, retroagir, mereceu ser objeto de críticas e atualmente já não mais prevalece.

3.2 Conceito moderno de limitação dos efeitos da alteração da jurisprudência anterior à positivação

Em contraponto aos entendimentos tradicionais sobre a jurisprudência, doutrina e o próprio Poder Judiciário passaram a reconhecer capacidade criativa e inovadora às decisões judiciais, percepção esta fundamental para que seja possível visualizar a necessidade de mitigar os efeitos da jurisprudência no tempo.

Dessa forma, mesmo antes das recentes reformas legislativas, a noção de que a jurisprudência é capaz de inovar e surpreender já permeava a comunidade jurídica e havia a percepção de que ela não se trata, em determinados casos, de mera consolidação do entendimento gradualmente fixado por determinado tribunal. A própria doutrina clássica já reconhecia a capacidade criativa das decisões judiciais, merecendo destaque, por exemplo, as palavras de Hans Kelsen sobre a atividade jurisdicional: “a decisão judicial de um caso concreto (...) de modo nenhum é apenas aplicação do Direito, senão simultaneamente também criação do Direito, a continuação do processo de produção do Direito que acontece no processo legislativo.”¹⁰¹ Miguel Reale, em sua obra de introdução ao estudo do direito, também reconhece o caráter inovador da jurisprudência:

A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida

¹⁰⁰ TST, ROAR 387.687, SBDI-II, Rel. Min. Francisco Fausto, J. 14.11.2000, DJU 07.12.2000, p. 602.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si.¹⁰²

Reconhecendo-se que a jurisprudência possui capacidade criativa substancial, é possível perceber também que, quando inovadora, influencia diretamente o comportamento dos jurisdicionados em geral, podendo ser considerada como fonte efetiva de normas jurídicas.

Nessas condições, a alteração de entendimento jurisprudencial pode, sim, vir a comprometer a estabilidade das relações sociais e os ideais de segurança jurídica, especialmente em seu aspecto subjetivo, de forma bastante similar com as inovações legislativas. Ilustrativamente, Estêvão Mallet cita exemplo claro de edição de verbete que causou enormes transtornos à comunidade jurídica e pôs em risco a segurança jurídica.

Trata-se da edição da Orientação Jurisprudencial nº 320 da Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho. Ela versava sobre a validade do uso de protocolo integrado e proibiu sua utilização para interposição de recursos ao TST, expediente largamente utilizado até então, sendo que seu entendimento foi aplicado de forma indistinta no tempo, inclusive para apelos já interpostos antes de sua edição, causando enorme insegurança aos jurisdicionados:

Vejamos as palavras do citado autor sobre o tema:

Realmente, a aplicação retroativa de nova interpretação jurisprudencial compromete, tanto quanto a aplicação retroativa da lei, a estabilidade das relações jurídicas e atenta contra o ideal de segurança. A experiência vivenciada em torno da Orientação Jurisprudencial nº 320 da Subseção de Dissídios Individuais I exemplifica bem a assertiva. Editado o verbete, passou-se a admitir sua incidência não apenas prospectiva, como também retroativa, inclusive para reger o exame da admissibilidade de recursos interpostos muito tempo antes. Em consequência, impugnações que, segundo as regras até então adotadas e aplicadas, teriam de ser consideradas regulares passaram a ser julgadas, sem nenhuma oportunidade para retificação dos atos praticados, intempestivas. As numerosas dificuldades que essa solução gerou levaram ao cancelamento do verbete jurisprudencial que mostra o efeito potencialmente perturbador à estabilidade jurídica, envolvido na aplicação retroativa da jurisprudência.¹⁰³

Além dessa questão relativa à admissibilidade recursal, na seara trabalhista, há exemplo mais específico ainda de jurisprudência sumulada que, inegavelmente, criou norma jurídica, pois estabelece indenização não prevista expressamente em lei, criada pela consolidação de entendimentos jurisprudenciais. Trata-se da Súmula 291, do Tribunal

¹⁰² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

¹⁰³ MALLET, Estêvão. *A Jurisprudência Deve Sempre Ser Aplicada Retroativamente?* Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 14.01.2014.

Superior do Trabalho, que prevê o pagamento de indenização ao empregado que realiza horas extras habitualmente por mais de um ano e tem o labor extraordinário suprimido pelo empregador.¹⁰⁴

Esses exemplos demonstram claramente, tanto o aspecto inovador, mas também as profundas repercussões que as alterações de posicionamento consolidado causam na sociedade e nos contratos de trabalho especificamente. Com isso em mente, a estabilização das relações sociais é de vital importância para o Direito e para a busca da paz social, sendo imprescindível que a regulamentação sobre determinada matéria em dado momento, seja suficientemente confiável a ponto de as pessoas poderem ter segurança na prática de seus atos.

Dessa forma, a jurisprudência, em especial a sumulada, que sem dúvida alguma é amplamente divulgada e difundida na sociedade, tem inegável efeito regulador das relações sociais, criando expectativas em relação à garantia de direitos, produzindo consistente confiança dos jurisdicionados que passam a pautar seu comportamento em tais explanações do Poder Judiciário.

Por conta desse fenômeno social de confiança nos assentos do Poder Judiciário, desprezar a validade de atos praticados com base nas premissas consolidadas existentes à época, simplesmente porque em momento posterior houve alteração do entendimento, gera, sem dúvida, desconfiança da sociedade sobre o sistema legal e sem dúvida traz descrédito para o próprio Poder Judiciário, ameaçando seriamente a segurança jurídica. Novamente, Estêvão Mallet faz valiosas contribuições sobre o assunto:

Não é possível desprezar impunemente a expectativa legitimamente criada na sociedade, desconsiderar a confiança produzida, ignorar os comportamentos adotados segundo o que na altura se dizia e apregoava ser correto. Fazê-lo compromete a própria autoridade dos tribunais e a credibilidade das respectivas decisões, que deixam de servir ou de ser vistas como guia seguro para o comportamento das pessoas.¹⁰⁵

¹⁰⁴ TST, Súmula 291. **HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO.** A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

¹⁰⁵ MALLET, Estêvão. *A Jurisprudência Deve Sempre Ser Aplicada Retroativamente?* Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 14.01.2014.

A segurança jurídica e a proteção da confiança devem ser encaradas como objetivos primordiais do Direito, vez que uma sociedade juridicamente segura está muito mais próxima dos ideais de justiça e paz e, em razão disso, deve ser analisada tanto pelo aspecto estático como pelo dinâmico.

Dessa forma, a mitigação dos efeitos da jurisprudência no tempo, em determinados casos, atende melhor ao ideal de segurança jurídica tanto no sentido de não alterar atos já praticados, como para trazer confiança na prática de atos futuros, concedendo-lhes a tão salutar previsibilidade de efeitos. Os exemplos de alterações de entendimentos jurisprudenciais citados ilustram claramente que, em determinados casos, aplicar a jurisprudência de forma retroativa, sem nenhuma cautela, causa sérios transtornos ao sistema legal e à estabilização das relações sociais.

Assim, mesmo com a ausência de previsão no ordenamento autorizando a mitigação da retroatividade da jurisprudência, já se concebia que, em determinados casos, era possível limitar os efeitos da alteração de entendimento. Corroborando tais premissas e defendendo a possibilidade de não retroatividade da jurisprudência, temos as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Porém, a técnica do *prospective overruling* tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade. Quando nada indica provável revogação de um precedente e, assim, os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento. Isso ocorre para que as situações que se formaram com base no precedente não sejam atingidas pela nova regra.¹⁰⁶

Estêvão Mallet segue a mesma linha de pensamento:

Em síntese, tal como não pode a lei nova comprometer o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, a mudança da jurisprudência não deve ser aplicada, indiscriminadamente e sem ressalvas, de forma retroativa, de modo a frustrar expectativas legitimamente criadas ou a infirmar comportamentos induzidos pelas decisões anteriores dos tribunais. Há casos em que não é possível sujeitar à nova jurisprudência situações já consolidadas.¹⁰⁷

Esse pensamento passou a ser aceito pelo Poder Judiciário, que proferiu decisões e até consolidou entendimentos negando a aplicação retroativa da jurisprudência. No âmbito dos Tribunais Superiores, inclusive o STF, é consensual o entendimento de irretroatividade

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia Temporal da Revogação da Jurisprudência Consolidada dos Tribunais Superiores*. Disponível em <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/26897>>. Acesso em 15.10.2013.

¹⁰⁷ MALLET, Estêvão. *A Jurisprudência Deve Sempre Ser Aplicada Retroativamente?* Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 14.01.2014.

da jurisprudência para fins de ação rescisória fundada em violação de texto de lei federal¹⁰⁸. O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, sumulou o entendimento que a jurisprudência sobre a interpretação de texto de lei não pode ser aplicada retroativamente a fim de justificar a rescisão de um julgado.¹⁰⁹

Nesse caso, verifica-se claramente o posicionamento da Corte trabalhista no sentido de que a consolidação de entendimento sobre determinado texto de lei não deve ser aplicada retroativamente, impedindo-se o corte rescisório de decisões contrárias à posição que se tornou dominante em momento posterior, sendo exemplo claro de aplicação apenas para o futuro da nova jurisprudência.

Ainda no âmbito trabalhista, merece destaque a decisão proferida em julgamento cuja relatoria coube ao Ministro Vieira de Mello Filho, no qual o Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se pela não retroatividade do novo entendimento sumulado, o que foi acompanhado em julgamentos posteriores.¹¹⁰

RECURSO DE REVISTA. BENEFÍCIOS PREVISTOS EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ULTRATIVIDADE. NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 277 DO TST. INAPLICABILIDADE AOS INSTRUMENTOS COLETIVOS COM PRAZO DE VIGÊNCIA EXAURIDO. 1. O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, reunido na sessão do dia 14.09.2012, conferiu nova redação à Súmula nº 277 do TST, passando a reconhecer a eficácia ultrativa das cláusulas normativas e, conseqüentemente, a sua aderência aos contratos individuais de trabalho, de modo a somente poderem ser modificadas ou suprimidas por negociação coletiva posterior. 2. Constituindo fonte autônoma de direito, as normas coletivas fazem lei entre as partes no período de vigência. Assim, a nova redação da Súmula nº 277 do TST não tem aplicação retroativa para alcançar os instrumentos coletivos que tiveram seu prazo de vigência exaurido anteriormente à sua publicação em 25/09/2012, quando passou a vigor no mundo jurídico. 3. A observância do critério temporal da norma coletiva assenta-se no princípio da segurança jurídica, que objetiva conferir estabilidade às relações sociais, quanto à certeza das regras a serem observadas no tempo.¹¹¹

No corpo do acórdão, o Tribunal Superior do Trabalho, após fixar as alterações na redação do texto sumulado, fez as seguintes considerações:

¹⁰⁸ Trata-se da 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.

¹⁰⁹ Trata-se da Súmula 83 do TST: 83. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONTROVERTIDA. I - Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais. II - O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida.

¹¹⁰ TST, Processo: RR - 37500-76.2005.5.15.0004. Data de Julgamento: 28/11/2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/12/2012

¹¹¹ TST, Processo: RR - 1308100-19.2006.5.09.0016. Data de Julgamento: 05/06/2013, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013.

Não há dúvida de que esse entendimento representou importante avanço nas relações coletivas de trabalho, na medida em que estimula a negociação coletiva e permite aos próprios atores sociais a fixação das condições de trabalho que melhor atendam aos anseios e particularidades de cada categoria profissional, as quais preservam intacta sua eficácia até que nova negociação coletiva venha a suprimi-las ou alterá-las, por outras condições que em seu conjunto venham a se revelar mais benéficas aos trabalhadores. Confere-se, nesse contexto, ao acordo coletivo e à convenção coletiva de trabalho o prestígio e a valorização compatíveis com a intenção do legislador constituinte originário quando reconheceu a negociação coletiva como um dos direitos mínimos assegurados no art. 7º da Constituição Federal de 1988. No entanto, ante a extensão da modificação introduzida pela nova redação da Súmula nº 277 do TST no universo do Direito do Coletivo do Trabalho e sua repercussão nos contratos individuais de trabalho, a questão adquiriu contornos de direito intertemporal, de modo a se fazer necessário resguardar de seu alcance as situações jurídicas consolidadas sob o pálio da redação anterior.

Outro exemplo relevante é o julgado proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região em 2014, no qual restou negada a aplicação retroativa do inciso III da Súmula 378 do Tribunal Superior do Trabalho:

SÚMULA Nº 378, III DO TST. APLICAÇÃO. A evolução do entendimento jurisprudencial consubstanciado no item III da Súmula nº 378 do TST deve ser sopesada com o princípio da segurança jurídica, restringindo-se a sua aplicação às situações ocorridas a partir de sua publicação (em 27.set.2012), e não de forma retroativa para alcançar fatos pretéritos e situações consolidadas sob o entendimento anterior.¹¹²

Particularmente, e isso será abordado mais adiante, tal decisão não se mostra harmoniosa com as premissas que justificam a limitação dos efeitos retroativos da jurisprudência, tendo-se em vista que ela não atendeu ao critério da proteção contra a surpresa injusta, em razão de o inciso da súmula ter sido criado durante um período em que havia grande divergência acerca ou não do direito à estabilidade em contratos por prazo determinado.

Entretanto, independentemente, o fato é que mesmo antes das recentes alterações legislativas, os pensamentos modernos sobre os efeitos da jurisprudência no mundo jurídico, especialmente daquela consolidada por intermédio de súmulas, já começavam a reconhecer, ainda que tópica e casuisticamente, o caráter normativo e disciplinador que muitas vezes revestem os verbetes, que acabam por criar expectativas, confiança e, principalmente, segurança nos jurisdicionados de que seguindo tal premissa estarão agindo dentro da mais estrita legalidade.

¹¹² TRT 3ª Região, 1317-15.2012.5.03.0063 RO, Relator Ricardo Marcelo Silva, Data de Julgamento: 07/03/2014.

Assim, reconhecendo-se tais anseios como legítimos e justificáveis, nada mais natural que se buscar preservar tais sentimentos, inclusive por auxiliarem a estabilização das relações sociais e o atingimento do ideal de justiça e, por essa razão, já se reconhecia que nem sempre a jurisprudência deveria retroagir, como forma de se garantir segurança jurídica, sendo inegável que tal pensamento influenciou o legislador na elaboração de textos de lei prevendo a possibilidade de limitação dos efeitos da alteração de jurisprudência.

3.3 A positivação do caráter não necessariamente retroativo da jurisprudência

O legislador brasileiro, sensível aos efeitos no tempo que as decisões judiciais inovadoras podem causar na sociedade podendo, inclusive, abalar tanto a segurança jurídica como a confiança da sociedade não apenas na jurisprudência, mas também na própria legislação, a partir do final da década de 1990 em diante, introduziu no ordenamento mecanismos de modulação de efeitos de decisões judiciais.

Inicialmente, tais previsões se mostraram restritas, mas, sem dúvida, deram fundamento à corrente moderna de pensamento sobre o tema, e acabaram por culminar na adoção de regra geral expressa, permissiva da mitigação dos efeitos dos novos precedentes no tempo. A primeira delas foi instituída pela Lei 9.784 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e introduziu, não exatamente uma técnica de modulação, mas, na verdade, uma proibição de aplicação retroativa. No caso, o inciso XIII do art. 2º da referida lei estabelece que a interpretação da norma administrativa deve ser aquela que melhor atende ao fim público, impondo ainda, que eventual nova de interpretação nunca poderá ser aplicada de forma retroativa.¹¹³

Entretanto, de fato, não se trata de uma técnica de modulação a critério do órgão julgador, mas sim uma imposição legislativa e, por ser limitada ao processo administrativo federal, não se insere tão diretamente na questão ora tratada, porém, demonstra o reconhecimento do legislador acerca da possibilidade de limitação dos efeitos da jurisprudência.

As normas mais relevantes sobre o tema, na verdade, são aquelas que versam sobre controle concentrado de constitucionalidade das normas, súmulas vinculantes, bem como as

¹¹³ XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

regras introduzidas na reforma dos recursos trabalhistas e, principalmente, pelo novo Código de Processo Civil, que merecem atenção individualizada.

3.3.1 Leis Federais nº 9.868/99 e 9.882/99

Criadas para regulamentar os procedimentos relativos ao controle de concentrado de constitucionalidade, as Leis Federais 9.868/99 e 9.882/99 tratam da ação direta de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente. Ambos os diplomas possuem artigos, com redações idênticas, que permitem ao Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, modular os efeitos da decisão declaratória, sempre que entender que a mitigação da retroatividade da decisão atenda ao ideal de segurança jurídica e proteja o interesse social.¹¹⁴

Nesse caso específico, ainda não se está diante de modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência, tendo-se em vista que no uso do controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal não analisa e potencialmente supera a pertinência de um precedente judicial, mas sim, julga, em abstrato, a constitucionalidade de lei ou ato normativo. Em controle concentrado, a decisão proferida pela Corte constitucional não se presta a atualizar um entendimento jurisprudencial, mas sim, a expurgar do sistema lei tida por incompatível com a Constituição Federal.

Ademais, em que pese possam existir discussões sobre a constitucionalidade da lei no controle difuso, é fato que no controle concentrado, o Supremo Tribunal analisa de forma única e em abstrato a validade da norma, resultando, portanto, em um julgamento único e inédito sobre o tema, por isso não se tratar de alteração de jurisprudência.

Também cumpre destacar, como bem ressalta Humberto Ávila, que o legislador se inspirou no Direito Alemão e não no *common law* quando criou tais dispositivos, tendo-se

¹¹⁴ Lei 9868/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Lei 9.882/99. Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

em vista que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha desenvolveu técnicas de mitigação dos efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade de normas que serviram de parâmetro para a legislação brasileira¹¹⁵. Ávila lembra também, que o Tribunal Alemão, basicamente, quando entende pela incompatibilidade da norma com a Constituição, pode declarar sua inconstitucionalidade propriamente dita, que resulta na declaração de nulidade desde o início da vigência, gerando, portanto, *ex tunc*. Por outro lado, ressalta que há a possibilidade, uma vez reconhecida a incompatibilidade, de que o Tribunal mantenha os efeitos da lei para o passado ou algum momento futuro, quando entender que tal medida restaurará de forma mais adequada o estado de constitucionalidade, utilizando a proteção à segurança jurídica como fundamento da medida.¹¹⁶

Entretanto, em que pese, em princípio, ser restrita ao controle concentrado e não se tratar de efetiva modulação dos efeitos de alteração de jurisprudência, não se pode negar a importância da prerrogativa concedida ao Supremo Tribunal Federal, que já se mostrou extremamente salutar em casos concretos, bem como sua relevância para o tema em questão, tendo-se em vista que se constitui em importante instrumento de mitigação dos efeitos retroativos de uma decisão judicial.

Dessa forma, com quórum qualificado de dois terços dos Ministros, a Corte constitucional brasileira pode limitar os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de norma a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que considerar adequado, sempre que, no seu entendimento majoritário, tal medida se mostrar mais adequada por razões de segurança jurídica e de proteção ao excepcional interesse social.

Não se pode perder de vista que há presunção sistêmica da constitucionalidade das normas editadas pelo Poder Legislativo, sendo certo que eventual declaração de inconstitucionalidade pode gerar efeitos perversos na sociedade, especialmente àqueles que pautaram sua conduta na norma tida por incompatível. Ana Paula Ávila lembra que a segurança jurídica se materializa aos cidadãos ao menos em duas formas: a primeira, *ex ante*, no sentido de que devem ser adotados mecanismos que tornem possível o conhecimento e a interpretação das regras jurídicas; já a segunda, em caráter *ex post*, que visa conceder estabilidade ao sistema e permita cidadãos reconhecer uma pauta comportamental.¹¹⁷

¹¹⁵ AVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 518.

¹¹⁶ AVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 519.

¹¹⁷ AVILA, Ana Paula. *Modulação de Efeitos Temporais pelo STF*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Dessa forma, a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade deve ter o objetivo de atender aos fins de segurança jurídica em se aspecto posterior, ou seja, proteger a confiança justificada daqueles que pautaram sua conduta na norma ora tida por inconstitucional. Ana Paula Ávila vê a proteção da confiança como aspecto fundamental a ser considerado na modulação de efeitos. Para a jurista, muitas vezes, a norma, mesmo sendo inconstitucional, “gera presunção de que seu comando será cumprido e de que seus efeitos serão regularmente produzidos, sendo tudo isso reforçado pelo princípio da presunção da constitucionalidade dos atos normativos.”¹¹⁸

Adentrando na parte prática do uso da modulação, exemplo marcante em que a modulação de efeitos para o futuro foi extremamente salutar, consiste no julgamento sobre a inconstitucionalidade de criação de município¹¹⁹. Nesse caso específico, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da lei estadual que havia criado o município se mostrava bastante

¹¹⁸ AVILA, Ana Paula. *Modulação de Efeitos Temporais pelo STF*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹¹⁹ ADI 2240/BA. EMENTA 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 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. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 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.

clara, tendo-se em vista que não obedecia ao disposto no § 4º, art. 18 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi concedida através da Emenda Constitucional nº 15/1996. Todavia, o lapso temporal entre a criação efetiva do Município e o julgamento da constitucionalidade da norma que o criou, superior a seis anos, criou um impasse jurídico e social relevantíssimo na solução da questão. Isso porque, ao longo de 06 anos, todos os órgãos administrativos municipais já haviam sido criados, existindo pessoas eleitas exercendo as funções públicas locais; diversas leis municipais tinham sido editadas, assim como uma infinidade de atos administrativos praticados.

Visando proteger essas situações, o Ministro Eros Grau, que era o relator, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da edição da lei, propôs a improcedência da ação:

Concluído, retornarei à observação de Konrad Hesse: também cumpre a esta Corte fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento de realidades inconstitucionais, mas indispensável há de ser, quando isso seja possível, que esta mesma Corte tudo faça para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. As circunstâncias da realidade concreta do município de Luis Eduardo Magalhães impõem seja julgada improcedente a ADIn.¹²⁰

Entretanto, tal proposta não foi aceita pelo restante da Corte que concordou com a sugestão do Ministro Gilmar Mendes, que defendia procedência da ação, mas reconhecia o risco à segurança jurídica de uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos. Por conta disso, utilizando técnica de modulação dos efeitos, julgou-se a ação procedente, mas a declaração de nulidade fora postergada por vinte quatro meses, prazo no qual o Congresso Nacional deveria editar a lei complementar apta a tornar válida a criação do município.

Como se vê, nesse caso específico, a postergação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade se mostrou altamente salutar, pois possibilitou o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei que não atendia as regras do texto constitucional, mas, ao mesmo tempo, conseguiu preservar o interesse social e a confiança dos envolvidos, em especial, os cidadãos do município de Luis Eduardo Magalhães, na Bahia.

Por fim, ainda no que tange à modulação de efeitos de decisões declaratórias de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, em que pese a inexistência de previsão legal, já pacificou o entendimento de que ela também é possível no controle difuso de constitucionalidade. No julgamento do Recurso Extraordinário 197.917/SP, de relatoria do

¹²⁰ STF, ADI 2240/BA.

ministro Maurício Correia, ocorrido em 2004, o STF reconheceu expressamente tal a possibilidade, quando apreciou a constitucionalidade de lei municipal que majorou o número de vereadores, sem observar a proporcionalidade à população na quantificação das cadeiras da Câmara Municipal. Apresentado o voto pelo relator pela inconstitucionalidade da norma do Município de Mira Estrela, Estado do São Paulo, o ministro Gilmar Mendes, acompanhando-o, e valendo-se primordialmente de experiências do direito estadunidense e do direito alemão, propôs a adoção de efeitos prospectivos à decisão, o que acabou sendo seguido pela maioria dos votantes e efetivamente aplicado no referido julgamento. Adentrando nas questões do ordenamento jurídico brasileiro, o Ministro argumentou o seguinte:

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, não parece haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

(...)

No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados.

(...)

Não há dúvida, portanto, de que no presente caso e diante das considerações antes esposadas, acompanho o voto do relator, para conhecer do recurso extraordinário e lhe dar parcial provimento, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela-SP. Faço-o, todavia, explicitando que a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*).

Exemplo marcante e recente de modulação de efeitos de decisão proferida no uso do controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu no julgamento do ARE 709212, de 13 de novembro de 2014, que solucionou de forma definitiva

a controvérsia acerca do prazo prescricional para cobrança, pelo empregado, de depósitos de FGTS não efetuados pelo empregador no curso do contrato de trabalho.

A controvérsia recaía sobre o art. 23, § 5º da Lei 8.036/90, que instituiu prescrição trintenária à cobrança do FGTS e gerou discussões sobre sua constitucionalidade em confronto com o art. 7º, XXIX da Constituição Federal, que estabeleceu prazo prescricional de cinco anos para cobrança de créditos trabalhistas. No âmbito infraconstitucional a questão já havia sido consolidada desde 2003, quando o Tribunal Superior Trabalho alterou a redação da Súmula 362 para consagrar o entendimento que a prescrição da cobrança do FGTS era trintenária¹²¹. Todavia, o referido entendimento foi constantemente contestado e o Supremo Tribunal Federal, em 2014, enfim solucionou a questão, entendendo de forma diversa à Corte superior trabalhista.

Em julgamento cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes, restou fixado que o art. 23 da Lei 8.036/90 não se harmoniza com o inciso XXIX da Constituição Federal e o declarou inconstitucional. No mesmo ato, em nome da segurança jurídica e para resguardar a legítima confiança dos trabalhadores no posicionamento pacífico do Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro relator entendeu pela concessão de efeitos apenas prospectivos à decisão.

Por conta da referida decisão, a Corte trabalhista, em junho de 2015, alterou a redação da súmula 362 que passou a contemplar a inconstitucionalidade do art. 23 da Lei 8.036/90, bem como a modulação dos efeitos da decisão.¹²²

Destaque-se, ainda, que no julgamento do RE 586.433, cuja relatoria coube ao Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal, enfrentando novamente questões relativas à modulação de efeitos da decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade, fixou o entendimento de que, nessas situações, assim como ocorre no controle concentrado, é necessária a observância do quórum mínimo de aprovação por 2/3 dos ministros para tornar possível a concessão de efeitos prospectivos ao julgado.

¹²¹ 362. FGTS – Prescrição. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.

¹²² TST, 362. FGTS Prescrição. (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015. I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

3.3.2. Lei federal nº 11.417/2006

Como exposto ao longo do primeiro capítulo, dentre as principais medidas adotadas pela Emenda Constitucional 45/2004 ao promover a reforma do Poder Judiciário, inclui-se a introdução das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, cuja observância é imposta também ao Poder Executivo.

Previstas no art. 103-A da Carta Constitucional, sua edição, revisão e revogação, encontram-se disciplinadas pela Lei 11.417/2006 que estabelece, por exemplo, quem são os legitimados a propor a criação dos verbetes.¹²³

Analisando sistematicamente tanto as regras constitucionais como as infraconstitucionais sobre o tema, Jorge Amaury Maia Nunes elenca os requisitos necessários à edição das súmulas vinculantes:

Deveras, o procedimento para a edição das súmulas deve sugerir debates sobre se (a) quem provocou o procedimento possuía legitimação funcional para fazê-lo na hipótese de não ter sido instituído de ofício pelo próprio Supremo Tribunal Federal; (b) há reiteradas decisões sobre matéria constitucional; (c) há controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; (d) a edição da súmula tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas.¹²⁴

Entretanto, para o presente estudo possui especial relevância temática o fato de que a Lei 11.417/06, assim como as normas que disciplinam o controle de constitucionalidade, autorizou o STF a mitigar a eficácia temporal das súmulas vinculantes.

Nesse sentido, nos termos do art. 4º da Lei 11.417/2006, os verbetes eventualmente editados possuem eficácia imediata, entretanto, observado o quórum de dois terços dos ministros, é possível postergar o momento em ela passará a produzir efeitos.¹²⁵

¹²³ Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

¹²⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²⁵ 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.

Dessa forma, assim como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, ao Supremo Tribunal Federal, fundado em razões de segurança jurídica e no excepcional interesse social, é permitida a postergação da eficácia da premissa exposta uma súmula vinculante.

A medida também se mostra salutar, tendo-se em vista que, partindo do princípio que a edição das súmulas pressupõe a existência de controvérsia atual acerca da validade, interpretação ou eficácia de determinada norma, é plenamente possível que a posição que venha a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal seja de alguma forma surpreendente a ponto de, em nome da segurança jurídica, mostrar-se recomendável postergar a eficácia do entendimento agora consolidado, que encerra por completo as discussões sobre o tema.

Entretanto, apesar de exemplo relevante de mitigação dos efeitos de decisão judicial, não se pode perder de vista que também não se trata de efetiva modulação dos efeitos de alteração de jurisprudência, sendo tal situação efetivamente introduzida no ordenamento jurídico por meio das recentes alterações promovidas no sistema dos recursos trabalhistas e no processo civil comum.

3.3.3. Lei federal nº 13.015/2014

Como exposto ao longo do primeiro capítulo, quase que em concomitância ao novo Código de Processo Civil, foi editada a Lei 13.015, de dezembro de 2014, que resultou em importante reforma na sistemática recursal trabalhista. As alterações promovidas tiveram nítido intuito de valorizar a jurisprudência dos tribunais, bem como forçar esses últimos a unificar seus posicionamentos, encerrando divergências internas, especialmente no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho.

A lei passa a determinar que o Tribunal Superior do Trabalho deixe de apreciar recurso de revista sempre que verificar que a matéria nele veiculada é objeto de divergência interna do Tribunal Regional do Trabalho de origem. Nesses casos, a Corte Superior Trabalhista determinará a baixa dos autos e o Tribunal Regional estará obrigado a instaurar incidente de uniformização de jurisprudência para sanar definitivamente sua divergência interna.

Além dessa salutar medida, foi estabelecido regramento próprio de solução de litigiosidade repetitiva para o processo do trabalho, com a inserção do artigo 896-C na CLT,

que estabelece sistemática de julgamento de Recursos de Revista repetitivos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho. Verificada a multiplicidade de recursos que versem sobre a mesma questão de direito, fica a Corte superior trabalhista autorizada a instaurar o incidente de resolução de recursos repetitivos. Instaurado o incidente, todos os recursos que versem sobre a matéria serão suspensos nos tribunais regionais até que o tribunal superior adote sua posição sobre o tema, que poderá ser através da Seção de Dissídios Individuais ou do Tribunal Pleno.

Resolvido o incidente de resolução de recursos repetitivos, o parágrafo 11º do art. 896-C estabelece os efeitos da decisão nele proferida, que prejudicará todos os recursos de revista que dela diverjam, bem como permitirá aos Tribunais Regionais revisar julgamentos divergentes à tese firmada.

O legislador apenas permitiu e não impôs a revisão de julgados, o que valorizaria ainda mais a jurisprudência, pois a tornaria vinculante, entretanto, ao menos, tornou automático o conhecimento do recurso de revista nesses casos, não deixando de pressionar os tribunais regionais a seguir a posição adotada no incidente.

O mais relevante, é que ao estabelecer essa sistemática, o legislador introduziu mais uma autorização expressa de modulação de efeitos de decisões judiciais, essa sim, a primeira que efetivamente se trata da mitigação dos efeitos retroativos da alteração de jurisprudência. O parágrafo 17º, do artigo 896-C, prevê que o Tribunal Superior do Trabalho poderá rever o precedente firmado em julgamento de recursos repetitivos sempre que houver alteração das condições econômicas, sociais ou jurídicas, e restou expressamente autorizada a modulação dos efeitos da alteração do precedente para que se proteja a “segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior”¹²⁶.

Estêvão Mallet ressalta que o legislador disse menos do que deveria ao estabelecer as hipóteses em que o precedente pode ser abandonado, defendendo que a superação do precedente pode se dar também nos casos em que se percebe que ele é incorreto, mesmo quando não tiver ocorrido alteração das condições econômicas, sócias ou jurídicas.¹²⁷

¹²⁶ CLT, Art. 896-C. § 17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.

¹²⁷ MALLET, Estêvão. *Reflexões sobre a Lei 13.015/14*. Disponível em <<http://mallet.adv.br/artigo-2-lei-n-13015-revista-do-tst/>>. Acesso em 23.06.2015

Mas não foi apenas nas hipóteses de alteração de teses que o texto se mostra lacunoso, sendo também limitado, especialmente se comparado com as das Leis 9.868/99 e 9.882/99, ao estabelecer critérios para modulação de efeitos. O único critério estabelecido é respeito à segurança jurídica das relações firmadas anteriormente, não sendo imposto nenhum requisito procedimental ou mesmo quórum mínimo necessário à aprovação de eventual limitação dos efeitos retroativos do novo entendimento.

Assim, as regras procedimentais ficaram a cargo exclusivo do Tribunal Superior do Trabalho, entretanto, a Corte não editou nenhuma norma específica sobre o assunto, tendo se limitado a, na Instrução Normativa nº 38/15, repetir *ipsis litteris* o texto legal, sem estabelecer nenhum procedimento ou quórum de aprovação. Além disso, através da Instrução Normativa 39/2016, o Tribunal reconheceu expressamente a aplicabilidade do novo Código de Processo Civil sobre o tema que, ao menos, estabelece regras mais abrangentes sobre a superação de precedentes, bem como da modulação de seus efeitos, se o caso.

Em termos práticos, em decorrência do pouco tempo de vigência da Lei, o Tribunal Superior do Trabalho ainda não teve muitas oportunidades de alterar e tampouco modular os efeitos de eventual alteração de tese firmada em solução de incidente de recursos repetitivos.

Até dezembro de 2016¹²⁸ foram instaurados sete incidentes de resolução de recursos repetitivos e o único já solucionado é o relativo ao divisor aplicável aos bancários¹²⁹. A litigiosidade repetitiva foi ocasionada pela alteração da súmula 124 do Tribunal Superior do Trabalho, promovida em setembro de 2012¹³⁰, que passou a estabelecer os divisores 150 e 200 para os bancários que tivessem jornada de seis e oito horas respectivamente, em substituição ao entendimento anterior, que previa os divisores 180 e 220.

Em julgamento ocorrido em 21 de novembro de 2016, o incidente foi solucionado para restabelecer a posição originalmente adotada, ou seja, fixar que os divisores aplicáveis ao cálculo do salário hora do bancário são 180 e 220 para os trabalhadores submetidos à

¹²⁸ Ver <<http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>>.

¹²⁹ IRR-849-83.2013.5.03.0138

¹³⁰ Súmula 124, TST: BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. I – O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expreso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será: a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT; b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

jornada de seis e oito horas, consignando que o divisor deve ser apurado com base no número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não.¹³¹

Ponto relevante dessa decisão é que, ao proferi-la, o Tribunal Superior do Trabalho fez uso da prerrogativa do § 17º do artigo 896-C da CLT e modulou os efeitos temporais do novo entendimento. Visando prestigiar as decisões proferidas por suas Turmas e pela Secção de Dissídios Individuais com base no entendimento sumulado, estabeleceu-se que a tese prevalecente não é aplicável às decisões de mérito proferidas a partir de 27 de setembro de 2012 até a data em que foi fixada a nova orientação.

Por outro lado, apesar de existir apenas um exemplo de modulação dos efeitos de precedente firmado em resolução de incidente de recursos repetitivos, o Tribunal Superior Trabalho, em outras situações, utilizando-se de aplicação analógica do § 17º do artigo 896-C da CLT, também modulou os efeitos de suas decisões.

Em agosto de 2015, por intermédio de seu órgão pleno, a Corte superior trabalhista declarou a inconstitucionalidade da expressão "equivalentes à TRD", contida no *caput* do artigo 39 da Lei 8.177/91, que regulamenta a correção dos débitos judiciais trabalhistas, e determinou que esses passassem a ser corrigidos monetariamente pelo índice IPCA-E¹³². Esse posicionamento foi adotado com base em decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a expressão "índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança", do parágrafo 12º do artigo 100 da Constituição Federal, e afastou a aplicação da Taxa Referencial (TR).¹³³

¹³¹ Tese prevalecente: 1. O número de dias de repouso semanal remunerado pode ser ampliado por convenção ou acordo coletivo de trabalho, como decorrência do exercício da autonomia sindical. 2. O divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não. 3. O divisor aplicável para cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para a jornada normal de seis e oito horas, respectivamente. 4. A inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado, no caso do bancário, não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso. 5. O número de semanas do mês é 4,2857, resultante da divisão de 30 (dias do mês) por 7 (dias da semana), não sendo válida, para efeito de definição do divisor, a multiplicação da duração semanal por 5. 6. Em caso de redução da duração semanal do trabalho, o divisor é obtido na forma prevista na Súmula 431 (multiplicação por 30 do resultado da divisão do número de horas trabalhadas por semana pelos dias úteis). Disponível em www.tst.jus.br acesso em 06.12.2016.

¹³² TST, ArgInc-479-60.2011.5.04.0231.

¹³³ STF, ADIs 4357, 4372, 4400 e 4425.

Com escopo de resguardar situações já consolidadas, o Tribunal modulou os efeitos da decisão, determinando a aplicação do novo índice de correção a partir de 30 de junho de 2009, consignando que ele somente seria aplicável aos créditos ainda não adimplidos.

Todavia, convém ressaltar que a aplicação do IPCA-E como índice de correção dos débitos trabalhistas foi objeto de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal e, em decisão liminar proferida pelo Ministro Dias Toffoli a Corte constitucional suspendeu os efeitos da decisão do Tribunal Superior do Trabalho, mantendo temporariamente a aplicação da TR na correção dos créditos trabalhistas.¹³⁴

Além desse exemplo, a Corte também modulou os efeitos do cancelamento de dois de seus entendimentos consolidados. No caso, pela resolução 204 de 15 de março de 2016, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a súmula 285¹³⁵ e a Orientação Jurisprudencial 377¹³⁶ de sua SDI-1, que consolidavam o entendimento de que o conhecimento apenas parcial do recurso de revista pelo Tribunal Regional no juízo de admissibilidade *a quo* não exigia a interposição do agravo de instrumento, ante a possibilidade de apreciação integral do recurso pelo tribunal superior, e do não cabimento embargos declaração em face da decisão de admissibilidade do recurso de revista, respectivamente.

Ciente da profunda alteração procedimental que o cancelamento de tais entendimentos (que há longa data já haviam sido consolidados e eram plenamente seguidos pela comunidade jurídica), no ato do cancelamento, pela Resolução 205, o Tribunal editou a Instrução Normativa nº 40/2016, que estabeleceu expressamente a modulação dos efeitos das referidas alterações. A modulação de efeitos se mostrou bastante salutar, tendo-se em vista que o novo entendimento se mostrou diametralmente oposto anterior, ou seja, passou-se a entender não só pelo cabimento de embargos declaração, como pela obrigatoriedade de sua oposição em caso de omissão no despacho de admissibilidade recurso.

¹³⁴ STF, RCL 22012.

¹³⁵ Súmula 285, TST: RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE PARCIAL PELO JUIZ-PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. EFEITO. O fato de o juízo primeiro de admissibilidade do recurso de revista entendê-lo cabível apenas quanto à parte das matérias veiculadas não impede a apreciação integral pela Turma do Tribunal Superior do Trabalho, sendo imprópria a interposição de agravo de instrumento

¹³⁶ O.J. 377, SDI-1, TST: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO DENEGATÓRIA DE RECURSO DE REVISTA EXARADO POR PRESIDENTE DO TRT. DESCABIMENTO. NÃO INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. Não cabem embargos de declaração interpostos contra decisão de admissibilidade do recurso de revista, não tendo o efeito de interromper qualquer prazo recursal.

Além disso, no caso de recebimento parcial do recurso pelo tribunal *a quo*, passou-se a exigir a interposição de agravo de instrumento para análise das matérias não conhecidas, em sentido oposto ao que dizia a súmula 285.

Dessa forma, ante ao manifesto e profundo impacto de tais alterações na prática processual trabalhista, a IN 40/2016, em seu art. 3º, concedeu efeitos prospectivos aos novos entendimentos, consignando que eles somente seriam aplicáveis 30 dias após a publicação da instrução normativa.¹³⁷

3.3.4 Lei federal nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)

Poucos meses após a reforma dos recursos trabalhistas, finalmente foi sancionado o novo Código de Processo de Civil que passou a vigor a partir de março de 2016, após completar um ano de *vacatio legis*.

Apesar de a vinculação de precedentes não ser algo inédito no direito brasileiro, a inovação introduzida pelo novo Código de Processo Civil diz respeito à ampliação significativa do leque de decisões que passam a ter observância obrigatória, combinada com a criação de diversos instrumentos para garantir essa vinculação. Se antes somente o STF possuía precedentes obrigatórios, que poderiam ser resumidos às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e às próprias súmulas vinculantes, com o advento do Código de Processo Civil, as Cortes superiores e os tribunais da federação de instância ordinária (tanto os estaduais, como os federais) passaram a ter possibilidade de produzir precedentes de observância obrigatória.

Com efeito, passam a ser de aplicáveis obrigatoriamente todas as demais súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça; as decisões proferidas por essas Cortes em sede de assunção de competência; resolução de demandas repetitivas; os julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, bem como decisões proferidas pelos plenários e órgãos especiais dos tribunais regionais e estaduais.

Para garantir a observância preconizada em seu artigo 927, a lei processual possui diversos mecanismos espalhados ao longo de seu texto, mas, sem dúvida, os principais são

¹³⁷ Considerações iniciais Resolução 205/16, TST: “considerando a conveniência de modulação dos efeitos do aludido cancelamento para não surpreender as partes, como se impõe da aplicação analógica do art. 896 § 17 da CLT.”

a obrigatoriedade de fundamentação específica e a reclamação, que foi sensivelmente ampliada, não mais se limitando quase que exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

A necessidade de fundamentação vem prevista no próprio parágrafo primeiro do artigo 927, que remete aos artigos 10 e 489, § 1º do texto processual e impõe ao magistrado, quando decidir com base em precedentes ou rejeitar a aplicação suscitada de algum deles, explicitar os motivos que o levaram a isso, sob pena de nulidade a sentença por falta de fundamentação. Dessa forma, ao aplicar determinado precedente, não será possível apenas invocá-lo, sendo necessário demonstrar que o caso sob julgamento a ele se ajusta. No mesmo sentido, a não aplicação de um precedente invocado pelas partes dependerá de existência de distinção no caso em julgamento, ou ainda, que se demonstre sua superação.

Analisando as regras do §1º do art. 489, relativas à aplicação dos precedentes, Fredie Didier Jr destaca que:

A simples referência a precedentes ou enunciados de súmula, ou a mera transcrição de seu conteúdo ou da ementa do julgado, não é suficiente para que se diga justificada uma decisão. É preciso – e exigível – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência de sua aplicação ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada para o caso em julgamento.¹³⁸

Na Justiça do Trabalho, especificamente, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa 39/2016, justamente com escopo de disciplinar a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, sendo que, em seu art. 3º, inciso XXIII, a norma reconhece a aplicabilidade das regras dos artigos 926 a 928.¹³⁹

Além disso, como as decisões judiciais descritas no artigo 927 não fazem menção à Justiça do Trabalho, o art. 15, incisos I e II, da Instrução Normativa, define quais decisões serão consideradas precedentes de observância obrigatória e sujeitos à fundamentação específica.¹⁴⁰

¹³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

¹³⁹ TST, IN 39/2016. Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: XXIII - arts. 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais).

¹⁴⁰ TST, IN 39/2016. Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte: I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas: a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, § 4º); b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não

Além de tornar obrigatória a observância de um amplo leque de decisões, o Código de Processo Civil passou a prever expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos de eventuais alterações desses precedentes. Nesse sentido, o parágrafo 3º do art. 927 da nova lei processual comum, prevê que, no interesse social e no da segurança jurídica, é permitida a modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou ainda das teses prevaletentes em julgamentos de casos repetitivos¹⁴¹. Fredie Didier Jr ressalta que a jurisprudência dominante deve ser entendida como aquela “que tenha sido sumulada, bem como do precedente oriundo de julgamento de casos repetitivos e de assunção de competência”.

Lembre-se que o próprio texto legal, em seu artigo 928, define que os julgamentos de casos repetitivos são aqueles proferidos em resolução de incidente de recursos repetitivos ou de demandas repetitivas.¹⁴²

Por fim, destaque-se que o grande benefício gerado pelo § 3º do art. 927 do Código de Processo de Civil é justamente encerrar a cizânia doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de mitigação dos efeitos retroativos das alterações de jurisprudência.

Isso porque, em que pese a corrente moderna acerca dos efeitos da jurisprudência no tempo ter se fortalecido ao longo do tempo, é fato que até o advento do novo CPC ainda existia controvérsia sobre a aplicabilidade da modulação de efeitos na superação de precedentes, além das hipóteses expressamente autorizadas pelo legislador, ou seja, se ela seria aplicável fora do âmbito do Supremo Tribunal Federal.

3.4 Alteração de jurisprudência

Feita a opção de tornar obrigatória a observância da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, bem como as decisões por eles proferidas na solução de incidentes de

conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º); e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho. II – para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

¹⁴¹ CPC, Art. 927. § 3º 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.

¹⁴² Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

litigiosidade repetitiva, é inegável que o papel desses posicionamentos jurisdicionais passam a ter papel de destaque na regulação das relações das sociais. Ademais, o próprio art. 926 da nova lei processual determina aos tribunais a uniformização de sua jurisprudência, impondo-lhes que a mantenha estável, íntegra e coerente.

Entretanto, como a sociedade não é estática, mantém-se em constante evolução, e o Direito busca refletir os ideais do momento histórico em que ela se encontra, inegável a possibilidade de que determinadas decisões, adotadas em momento e contexto anteriores, não mais reflitam tais anseios e demandem atualização.

3.4.1 Critérios para alteração de jurisprudência

O § 17º do art. 896-C, da CLT, autoriza o TST a modificar um precedente estabelecido em julgamento de recurso de revista repetitivo quando houver alteração da situação econômica, social ou jurídica que o fundamentou¹⁴³. Já o § 4º do art. 927, do CPC, prevê que a alteração de súmulas, de jurisprudência pacificada ou ainda de tese firmada em resolução de casos repetitivos, dependerá de fundamentação específica das Cortes, combinada com a observância dos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia.¹⁴⁴

Conceituando a alteração de jurisprudência, Humberto Ávila afirma que:

Só há mudança jurisprudencial, portanto, quando a alteração é decorrência da própria atividade judicial, de modo que a mesma questão receba duas soluções antinômicas sucessivas, não se verificando, portanto, quando aquela advém de modificação legal ou constitucional.¹⁴⁵

Nesse sentido, alterações de posicionamento da Corte decorrentes de atualizações normativas não se constituem propriamente em alteração de jurisprudência e a elas não se justificam a adoção das cautelas previstas para superação de precedentes, tendo-se em vista

¹⁴³ CLT, art. 896-C, § 17º. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.

¹⁴⁴ CPC, 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.

¹⁴⁵ AVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

que não há surpresa e tampouco retroatividade da nova posição. Como bem lembra Ravi Peixoto, nesses casos

haverá um ponto específico no tempo em que pode ser identificada específica razão para a mudança do posicionamento, em face da irretroatividade, ao menos em geral, das novas leis, o novo entendimento terá como eficácia temporal inicial a data da entrada em vigência da alteração do texto.¹⁴⁶

Feita essa importante ressalva no que tange ao conceito de alteração de jurisprudência, o que se mostra incontroverso é que a eventual modificação de entendimento necessita de robusta fundamentação justificativa. Nesse ponto, imperioso destacar inicialmente que, da mesma que forma se processa no *common law*, somente a Corte que editou o precedente possui a prerrogativa de alterá-lo, admitindo-se apenas que alguma Corte de hierarquia superior o torne ineficaz ao adotar posicionamento contrário, o que, invariavelmente, levará à sua posterior alteração. Exemplo claro dessa situação foi exposto durante a análise da modulação de efeitos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando se tratou da questão relativa ao prazo prescricional de cobrança dos depósitos de FGTS devidos por força do contrato de trabalho, em que a posição adotada pela Corte constitucional foi contrária à súmula 362 da Corte Superior Trabalhista, que expressava a posição consolidada sobre o tema até então, o que resultou na alteração do referido verbete para adequá-lo ao novo entendimento.

Em uma situação como essa, por óbvio, o Tribunal Superior do Trabalho não necessitou despender esforço para justificar a alteração de sua súmula, tendo-se em vista que se tratou de consequência lógica, a fim de adequá-la ao entendimento proferido por órgão hierarquicamente superior. Entretanto, o próprio STF reconheceu a estabilidade que o entendimento sumulado pelo TST possuía, bem como a confiança que ele despertava nos jurisdicionados, vez que pautou sua conduta por mais de uma década e, por essas razões, modulou os efeitos de sua decisão.

Por outro lado, em situações em que a alteração ocorrer em razão de mudança de entendimento interno do próprio tribunal, sem dúvida, há a necessidade de apresentação de fundamentos precisos e específicos a justificar a alteração de posicionamento. Fredie Didier Jr, abordando a regras do § 4º do art. 927 do CPC, afirma que a “decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos

¹⁴⁶ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente”.¹⁴⁷

Na mesma linha, Ravi Peixoto afirma que

a alteração de precedentes exige mais do que uma fundamentação corriqueira, não sendo adequada a simples mudança sem quaisquer justificativas que apontem ou o manifesto erro do entendimento anterior, ou a existência de alterações na ordem jurídica, social ou econômica.¹⁴⁸

Humberto Ávila lembra que a vinculação de precedentes é uma decorrência do próprio “princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para mudança de orientação, a ser devidamente objeto da mais severa fundamentação.”¹⁴⁹

Percebe-se, portanto, que os tribunais necessitarão despender esforço especial ao promover a alteração de um precedente, no sentido de que deverão reservar fundamentação específica, indicando as razões pelas quais entende que a mudança é necessária.

Essa fundamentação, com base no que esse extrai do § 17º do art. 897-C, da CLT, deverá indicar quais as modificações na situação econômica, social ou jurídica que resultam na necessidade de superação do entendimento anterior. Em outras palavras, será necessário apontar e fundamentar de forma específica, não apenas qual mudança ocorrida na ordem jurídico-social, como também os efeitos dela advindos, que tornam insustentável o entendimento antes considerado correto.

Há a ainda possibilidade de superação do precedente em razão de a Corte que o editou entender que ele não se mostra correto, mesmo que não tenha ocorrido a alteração em alguma das áreas previstas pelo legislador. Estêvão Mallet reconhece essa possibilidade, mas alerta para necessidade estabilização dos precedentes:

O não convém, com certeza, é a completa instabilidade dos precedentes, o que tiraria o valor indicativo da jurisprudência. Entre a rigidez excessiva e a fluidez incontida, deve-se buscar o justo e adequado equilíbrio. *In medio stat virtus*. De qualquer sorte, é razoável que, para o abandono do precedente – sempre possível, repita-se, se ofereça, na decisão, justificação particularizada ou, como se usa dizer no direito norteamericano, “*special justification*”.¹⁵⁰

¹⁴⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

¹⁴⁸ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

¹⁴⁹ AVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

¹⁵⁰ MALLET, Estêvão. *Reflexões sobre a Lei 13.015/14*. Disponível em <<http://mallet.adv.br/artigo-2-lei-n-13015-revista-do-tst/>>. Acesso em 23.06.2015.

Reconhecida a necessidade de fundamentação específica, Ravi Peixoto lembra que o próprio STF já admitia a importância da estabilização dos precedentes, bem como o que deve ser considerado para se promover eventual alteração, quando, no julgamento da ADIN 4.071, fixou que a alteração de posicionamento pressupõe a ocorrência de significativas “modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes”.¹⁵¹

Buscando estabelecer critérios mais objetivos, tanto Luiz Guilherme Marinoni, como Ravi Peixoto, inspirando-se no *common law*, citam os conceitos de Melvin Eisenberg, no sentido de que a alteração de um precedente deve ocorrer quando restar verificado que ele não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica, bem como que os princípios que lhe concedem estabilidade, como segurança jurídica e igualdade, não mais se sustentam, e seriam melhor atendidos com a revogação.

Como explicitado no capítulo anterior, a incongruência social seria em relação às proposições morais, políticas e de experiência, ou ainda, nacionalizando o conceito com base nos textos normativos, ela decorreria de incompatibilidade superveniente com a ordem jurídica, social ou econômica. Já a inconsistência sistêmica estaria relacionada com a existência de conflito entre o precedente a ser revogado e outras decisões ou ainda normas posteriores à sua edição. Em sentido muito próximo, Celso de Albuquerque Silva afirma que a superação de precedente se dá, em regra: (i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; (iii) quando se revelar inexecutável na prática.¹⁵²

Entretanto, o legislador ainda exigiu mais atenção dos tribunais, já que impôs também que a alteração de jurisprudência ou precedente, deverá levar em consideração a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia.

Humberto Ávila enxerga a segurança jurídica em três dimensões, classificando-a como fato (quando ela é considerada como uma realidade fática existente no sistema); valor (constituindo juízo axiológico relativo àquilo que se entende deva existir em um sistema de valores) e; norma-princípio (disposição normativa que estabelece parâmetro de conduta,

¹⁵¹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

¹⁵² SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Lumen Juris, 2005, p. 266-284.

indicando, diretamente ou indiretamente o que é permitido, proibido ou obrigatório no sistema).¹⁵³

Com base nessa conceituação, o aspecto mais relevante da segurança jurídica a ser sopesado na alteração de jurisprudência parece o terceiro, ou seja, a questão relativa à previsibilidade de conduta, inclusive por estar intimamente ligada à proteção da confiança, igualmente invocada pelo legislador.

Naturalmente, o primeiro ponto a ser analisado é que a estabilidade das relações advoga em favor da segurança jurídica o que, em princípio, recomenda a manutenção e não a alteração de precedentes. Por outro lado, existem situações em que a superação expressa de um determinado precedente, ou mesmo entendimento sumulado, atenderá melhor à segurança jurídica, pois resultará em mais previsibilidade e estabilidade ao sistema.

Apesar de parecer um contrassenso afirmar que a alteração de precedente gera mais estabilidade ao sistema, não é difícil explicitar situações em que isso ocorreria. É comum as Cortes, apesar de não revogarem determinado precedente, passarem a se afastar de sua premissa em julgamentos de situações conexas ou mesmo fazerem distinções não muito consistentes, com escopo de não os aplicar, que acabam por trazer instabilidade ao sistema legal apesar da manutenção do entendimento.

O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, enfrenta situação exatamente nesses moldes na questão relativa à responsabilidade do dono da obra pelas dívidas do empreiteiro com seus trabalhadores em contratos de construção civil. Isso porque, desde o ano 2000, a Subseção de Dissídios Individuais I do Tribunal, consolidou o entendimento, através da O.J. 191, no sentido de que somente quando se tratar de empresa construtora ou incorporadora haverá responsabilização do dono da obra. Entretanto, em alguns julgamentos recentes, turmas do TST têm estendido a responsabilização do dono da obra para além das empresas do ramo da construção civil, quando a obra realizada tenha por escopo aumentar a produtividade do contratante, a ampliação de seu parque fabril, ou ainda um caráter de prolongação no tempo.¹⁵⁴

Essa posição, ainda que minoritária, tem gerado repercussões nas instâncias inferiores e, por conseguinte, insegurança jurídica, pois não resta claro qual o limite de responsabilização do dono da obra. Inclusive, o TRT da 3ª Região editou súmula limitando

¹⁵³ AVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

¹⁵⁴ TST, RR - 148300-23.2010.5.17.0011, **Relator:** Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, **DEJT** 26/08/2016

as hipóteses de não responsabilização do dono da obra, o que gerou ainda mais instabilidade ao sistema, através da ocorrência de litigiosidade repetitiva, que culminou na instauração de incidente de resolução de recursos de revista repetitivos.¹⁵⁵

É justamente para evitar esse tipo de instabilidade e falta de previsibilidade que a revisão de determinado precedente pode vir a atender melhor ao interesse da segurança jurídica.

Ora, tão logo o TST adote uma posição definitiva sobre o tema, seja para manter o entendimento atual, seja para alterá-lo para os moldes fixados pelo TRT da 3ª Região, por exemplo, é fato que se retomará a estabilidade do sistema, atendendo-se assim à segurança jurídica.

Passando para o segundo aspecto a ser considerado, a proteção da confiança, ela muito se aproxima, e não deixa de fazer parte, do conteúdo da segurança jurídica, quando esta última é analisada sob seus aspectos dinâmico e subjetivo. Para Humberto Ávila:

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem sua confiança frustrada pela descontinuidade de sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração de sua invalidade.¹⁵⁶

Dessa precisa conceituação, é possível vislumbrar o objetivo pretendido pelo legislador quando impôs aos tribunais sua observância na atualização de jurisprudência.

Isso porque, considerando-se o caráter vinculante da jurisprudência dominante, bem como dos precedentes oriundos de casos repetitivos, apesar de não constituírem lei propriamente dita, certamente os jurisdicionados pautarão suas condutas futuras em tais premissas e os tribunais não podem negar ou mesmo relevar a confiança justificada que esses posicionamentos despertarão. José Rogério Cruz e Tucci afirma que a

(...) jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. Os cidadãos baseiam suas opções não apenas nos textos legais vigentes,

¹⁵⁵ TRT, 3ª Região, Súmula 42. OJ 191 DA SBDI-I DO TST. DONO DA OBRA. PESSOA FÍSICA OU MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA. O conceito de “dono da obra”, previsto na OJ n. 191 da SBDI-I/TST, para efeitos de exclusão de responsabilidade solidária ou subsidiária trabalhista, restringe-se a pessoa física ou micro e pequenas empresas, na forma da lei, que não exerçam atividade econômica vinculada ao objeto contratado.

¹⁵⁶ AVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, conhecimento de seus respectivos direitos.¹⁵⁷

É justamente por isso que eventual alteração deve considerar essa confiança, realizando a modificação nos casos em que seus benefícios justifiquem a respectiva frustração, ou ainda, naquelas hipóteses em que o precedente em questão já não goza de grande prestígio e confiança da sociedade, como no exemplo acima citado.

Por fim, o último parâmetro imposto pelo legislador é a observância da isonomia, sendo igualmente claros os efeitos que a alteração de precedentes pode ocasionar na harmonização desse princípio. Como o objetivo é garantir tratamento igualitário a pessoas em condições de igualdade, o trato com a jurisprudência consolidada também deve observar tal premissa. Dessa forma, é facilmente visualizável que uma alteração da jurisprudência tem o potencial de violar essa premissa, tendo-se em vista que poderá acarretar resultados diferentes para indivíduos em condições idênticas, a depender apenas do momento em que seus processos forem julgados, ou seja, antes ou depois da alteração do posicionamento jurisprudencial.

O sopesamento do princípio da isonomia deve nortear o trabalho de superação, tendo-se em vista que é desejável, sistemicamente falando, que os resultados sejam idênticos a todos os envolvidos na mesma situação.

Em resumo, a alteração de jurisprudência, com base nas novas regras introduzidas no ordenamento, demandará muita atenção dos tribunais e deve realizar-se de forma fundamentada, com especificidade aos motivos que tornam necessária a modificação da premissa até então tida como correta.

Somado a isso, muito em razão do novo *status* dos posicionamentos jurisprudenciais no sistema, que passam a ter observância obrigatória, competirá às Cortes, ainda, levar em consideração os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia na atualização de seus entendimentos, visando respeitá-los ao máximo ou, ao menos, tencioná-los o mínimo possível, trazendo maior estabilidade ao sistema legal.

¹⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 296.

3.4.2 Procedimentos para alteração de jurisprudência

Compreendidos os parâmetros e requisitos necessários à alteração de jurisprudência, o sistema brasileiro, comparativamente ao *common law*, possui peculiaridade no que tange aos procedimentos adotáveis ao *overruling*.

Isso porque, diferentemente do sistema anglo-saxão, o legislador nacional elencou quais os tipos de decisão judicial possuem força vinculante, bem como criou procedimentos especiais para sua elaboração, como, por exemplo, os precedentes oriundos de julgamentos de casos repetitivos. Ao fazê-lo, o legislador, inclusive o constituinte, também reconhece previamente a possibilidade de ser necessária a modificação desses entendimentos e, por conta disso, já estabelece, também, procedimentos para eventual alteração.

Por conta disso, o direito brasileiro admite duas formas autônomas de superação de precedentes ou mesmo alteração de jurisprudência dominante, sendo certo que atualização de entendimento pode se dar de forma difusa ou concentrada.

A forma difusa, que é a adotada pelo *common law*, resulta da evolução natural do direito discutido nos tribunais, mediante a apresentação de teses em processos específicos defendendo a superação de determinado entendimento consolidado, que eventualmente vem a ser aceita pelo Tribunal que o consolidou. Como bem fundamenta Fredie Didier Jr, a *overruling* realizado no método difuso

pode ocorrer em qualquer processo que, chegando ao tribunal, permita a superação do precedente anterior. Ele é a regra entre nós, tradicional no *common law*, e traz a grande vantagem de permitir que qualquer pessoa possa contribuir com a revisão de um entendimento jurisprudencial.¹⁵⁸

No *common law* se reconhece que o *overruling* difuso pode se dar de forma expressa ou tácita. A superação de um entendimento de forma implícita ocorre, em regra, quando o tribunal adota uma posição antagônica àquela estabelecida no precedente, entretanto, não faz nenhuma referência à sua revogação.

O Código de Processo Civil parece não ter dado margem a esse tipo de procedimento, tendo-se em vista a *necessidade de fundamentação específica*, estabelecida pelo § 4º do art. 927, explorada no tópico anterior. Além disso, a lei processual, em seu o

¹⁵⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

art. 489, §1º, ao tratar dos requisitos das decisões judiciais, impõe, em seu inciso VI, que sempre que umas das decisões elencadas no art. 927 for invocada pelas partes, sua não aplicação demandará fundamentação específica, inclusive em caso de eventual superação, sob pena de nulidade da decisão por falta de fundamentação.¹⁵⁹

Essa discussão é absolutamente inaplicável no sistema concentrado, tendo-se em vista que a superação ou não do entendimento é o próprio objeto do incidente instaurado e seria absolutamente ilógica qualquer alteração desfundamentada, sendo certo também, que a regra do §4º do art. 927 é igualmente aplicável nesse tipo de procedimento.

Registre-se que, assim como em relação à própria vinculação das decisões judiciais, a existência de um método específico, autônomo e concentrado para atualização de jurisprudência dominante não se constitui em inovação propriamente dita no ordenamento jurídico.

Isso porque, a própria Constituição Federal, quando previu as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, já inseriu a possibilidade de instauração de um procedimento específico de revisão, a ser disciplinado pelo legislador infraconstitucional.¹⁶⁰

Com esse escopo foi editada Lei 11.417/2006, que disciplina o processo de edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes e estabelece os requisitos necessários à sua realização.

Como se extrai do referido diploma, a instauração do sistema autônomo não pode ser feita por qualquer pessoa que tenha interesse na modificação, sendo que os legitimados são elencados em rol taxativo, expresso no art. 3º da Lei 11.417/2006¹⁶¹, restando

¹⁵⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 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.

¹⁶⁰ CF, Art. 103-A. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁶¹ Art. 3º Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

expressamente autorizada a manifestação de terceiros na questão, mediante decisão monocrática irrecurável do relator (Art. 3º, § 2º).¹⁶²

Além de estabelecer aqueles que podem suscitar eventual revisão ou cancelamento, a legislação ainda define que essa somente poderá se realizar por intermédio de quórum qualificado de 2/3 (dois terços) dos Ministros (Art. 2º, § 3º), bem como que instauração do procedimento não possui o condão de suspender os processos que já discutam questão de forma incidental (art. 6º).

Destaque-se que duas súmulas vinculantes, as de nº 11 e 25, que tratam do uso de algemas e da prisão do depositário infiel, respectivamente, foram objeto de pedidos de cancelamento e revisão, igualmente de forma respectiva.

Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal rejeitou as proposições e ainda fixou quais os parâmetros que entende sejam autorizadores de eventual revisão ou cancelamento, a saber: a) a evidente superação da jurisprudência do STF no trato da matéria; b) a alteração legislativa quanto ao tema; ou, ainda, c) a modificação substantiva de contexto político, econômico ou social.¹⁶³

Passando ao procedimento concentrado estabelecido pelo Código de Processo Civil, ele possui regras muito parecidas com as aplicáveis às súmulas vinculantes, entretanto, abrange um leque mais amplo de decisões judiciais, pois aplicável à revisão das súmulas de jurisprudência dominante dos tribunais superiores, bem como dos precedentes firmados em resolução de incidentes de casos repetitivos.

Sobre esse procedimento, Fredie Didier Jr ressalta:

Ao revisar ou cancelar o enunciado de súmula ou da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas, o tribunal estará, na verdade, redimensionando a sua jurisprudência ou a alterando. A jurisprudência é, como se sabe, a reiterada aplicação de um precedente. Observe que, em ambos, há um rol de entes com capacidade processual para pedir a revisão ou cancelamento: o *overruling* não pode surgir de qualquer processo nem pode ser pedido por qualquer pessoa.¹⁶⁴

¹⁶² Art.3º. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶³ Informativo STF nº 800. Disponível em <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo800.htm#Enunciado%2011%20da%20S%C3%BAmula%20Vinculante%20do%20STF>>. Acesso em 19.09.2016.

¹⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

Nesse sentido, no que tange à legitimação para instaurar o incidente, quando se tratar de revisão de tese firmada em resolução de casos repetitivos, ela se encontra prevista no art. 986 do CPC e, em relação às súmulas, não há disposição expressa sobre o assunto, sendo que o art. 926 relega ao regimento interno dos tribunais o trato sobre a matéria.

Destaque-se que, ao contrário do efetuado em relação às súmulas vinculantes, o legislador não estabeleceu quórum para edição, revisão ou cancelamento das súmulas de jurisprudência ou mesmo das teses firmadas em julgamento de casos repetitivos, o que igualmente ficou relegado aos regimentos internos dos tribunais.

A título exemplificativo, os regimentos internos do Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁵ e do Tribunal Superior do Trabalho¹⁶⁶ estabelecem que a edição, revisão ou cancelamento das súmulas, depende aprovação da maioria absoluta dos membros do órgão interno responsável pela consolidação do entendimento.

Ademais, merece destaque a previsão contida no § 2º do art. 927 do CPC, que possibilita a realização de audiências públicas, bem como a participação de terceiros que possam contribuir para a rediscussão das teses firmadas, medida bastante salutar que além de ampliar o horizonte de argumentação, serve de importante alerta sobre a estabilidade do precedente, evitando surpresa à comunidade jurídica em caso de revisão ou cancelamento.¹⁶⁷

3.4.3 Alteração/superação antecipada (*anticipatory overruling*)

Ainda no campo da alteração da jurisprudência dos tribunais, questão que certamente permeará não apenas as discussões doutrinárias, mas também as jurisprudenciais, diz respeito à aplicabilidade e, principalmente, à conveniência da utilização do instituto do *anticipatory overruling* no direito brasileiro.

Relembrando o exposto no segundo capítulo, a superação antecipada não consiste em uma alteração de jurisprudência propriamente dita, pois se trata da não aplicação de um

¹⁶⁵ RI-STJ. Art. 124. § 3º A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes.

¹⁶⁶ RI-TST. Art. 166. A edição, revisão ou cancelamento de Súmula serão objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno, considerando-se aprovado o projeto quando a ele anuir a maioria absoluta de seus membros.

¹⁶⁷ CPC, 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.

entendimento consolidado por uma Corte em posição hierárquica inferior àquela que editou o verbete.

Nas palavras de Ravi Peixoto,

(...) consiste em uma técnica utilizada pelas Cortes inferiores de antecipar uma superação anteriormente induzida de diversas formas pelas Cortes superiores, mediante a não aplicação, ao caso em julgamento, do precedente supostamente vinculante invocado por uma das partes.¹⁶⁸

Fredie Didier Jr considera que se trata de espécie de não-aplicação preventiva, por órgãos inferiores, “do precedente firmado por Corte superior, nos casos em que esta última, embora sem dizê-lo expressamente, indica uma alteração no seu posicionamento quanto a precedente outrora firmado.”¹⁶⁹

Analisando-se a legislação sobre o tema, depreende-se a aceitação pelo legislador da utilização da técnica, especialmente por força do disposto no inciso VI, do § 1º, do art. 489, do CPC, que autoriza expressamente o magistrado a não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado por uma das partes quando entender que este se encontra superado.

Ademais, o próprio instituto da reclamação, cuja aplicabilidade foi ampliada consideravelmente pela nova lei processual, também advoga em favor da possibilidade da superação antecipada, servindo, inclusive, de forma de controle do uso equivocado da técnica.

Cumprе ressaltar que, assim como no caso de alteração de jurisprudência propriamente dita, evidentemente, eventual superação antecipada dependerá de robusta fundamentação específica, que precisará demonstrar os motivos que levam à conclusão de que o tribunal que editou o precedente, apesar de ainda não o ter revogado expressamente, abandonou a premissa nele contida, sendo inservível para tanto, mera discordância do julgador com seu conteúdo.

Além da necessidade de robusta fundamentação, é importante destacar que o simples fato de a técnica ser cabível não significar que ela deve ser utilizada corriqueiramente.

¹⁶⁸ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

¹⁶⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

Isso porque a vinculação de precedentes tem como seus principais objetivos justamente trazer previsibilidade e estabilidade ao sistema legal, sendo certo que toda e qualquer alteração, seja efetiva, seja antecipada, potencialmente prejudica o alcance desses ideais e pode gerar o efeito totalmente contrário, razão pela qual só devem ocorrer quando estritamente necessário.

Por outro lado, quando utilizada de forma adequada, sem dúvida, a técnica contribui para evolução do direito, bem como não deixa de gerar um julgamento mais justo, pois não se mostra desejável que um entendimento que se mostra desatualizado, seja continuamente aplicado quando a própria Corte que o editou claramente já o abandonou, mas ainda não teve a oportunidade de revogá-lo expressamente.

3.5 A modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência

Feita a opção pela mudança da jurisprudência, seja a revogação de uma súmula ou a revisão de tese firmada em um julgamento de casos repetitivos, por exemplo, com o advento das Lei 13.015/2014 e do novo Código de Processo Civil encerram-se as discussões acerca possibilidade de mitigação dos efeitos do novo posicionamento jurisprudencial no tempo.

Entretanto, apesar de agora existir autorização expressa para os tribunais modularem os efeitos da alteração de sua jurisprudência, isso não significa que tal medida deva ser adotada forma automática ou mesmo como regra geral.

Importante lembrar que nem mesmo na cultura do *common law*, na qual a modulação de efeitos possui aceitação mais ampla, ela é vista como regra geral, sendo certo que mesmo nessa realidade jurídica, a jurisprudência, salvo em situações especiais, será aplicada retroativamente.

Dessa forma, no Brasil, não há razão alguma para que essa premissa seja alterada, fazendo com que se torne ainda mais relevante investigar os requisitos que devem estar presentes a justificá-la, e ainda, como ela deve ser feita, ou melhor, quais técnicas de concessão de efeitos prospectivos se mostram adequadas ao direito brasileiro.

3.5.1. Requisitos justificadores de modulação

Ao ampliar a importância das decisões judiciais, especialmente as proferidas pelos tribunais superiores com escopo de cessar cizânias interpretativas, o legislador reconheceu que o trato dos efeitos da jurisprudência no tempo necessita de atenção especial.

Observando-se os exemplos legislativos anteriores que, de alguma forma, conferiram algum protagonismo a determinadas modalidades de decisão judicial, pode-se notar que tal relevância veio acompanhada de autorização do manejo de sua eficácia temporal, a critério do prolator da decisão, como por exemplo, no controle concentrado de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes.

As alterações recentes seguiram essa tendência e inovaram ao pulverizar essa possibilidade no sistema, sendo que o § 17º do art. 896-C, da CLT, ao mesmo tempo em que autoriza o TST a alterar um precedente estabelecido em julgamento de recurso de revista repetitivo quando houver alteração da situação econômica, social ou jurídica que o fundamentou, permite-lhe, com foco na segurança jurídica das relações firmadas sob égide do anterior, modular os efeitos da decisão inovadora.¹⁷⁰

Já o § 3º do art. 927, do CPC, prevê que na hipótese de alteração da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, ou ainda, de tese firmada em resolução de casos repetitivos, para atender ao interesse social e à segurança jurídica, poderá ser realizada a modulação dos efeitos da nova decisão.¹⁷¹

Pela leitura do dispositivo, a possibilidade de modulação estaria bastante limitada aos tribunais superiores, pois a única previsão que atinge os tribunais de instância ordinária seriam os precedentes oriundos de incidentes de resolução de demandas repetitivas que, nos termos do art. 928 do CPC, são considerados casos repetitivos.

Todavia, parece-nos que o §3º do art. 927 foi menos abrangente do que deveria, pois, preenchidos os requisitos, eventual alteração de qualquer decisão entre as elencadas no caput do artigo pode se mostrar mais adequada através da modulação de seus efeitos.

¹⁷⁰ CLT, art. 896-C, § 17º. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.

¹⁷¹ CPC, Art. 927. § 3º. 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.

Fredie Didier Jr afirma que uma

(...) interpretação constitucional e sistêmica dessa regra, com base na própria segurança jurídica e na boa-fé, impõe admitir que esse poder de modular a eficácia de decisão de overruling seja exercido quando estiver em jogo a alteração de qualquer precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula, de qualquer tribunal, desde que tenha eficácia normativa.¹⁷²

Nessa linha de pensamento, tratando-se da modulação de efeitos de uma técnica que tem por objetivo preservar a segurança jurídica das relações e proteger a confiança dos jurisdicionados, parece correto reconhecer sua aplicabilidade em potencial sempre que a alteração de um entendimento puder prejudicar esses ideais.

Ravi Peixoto lembra que “se o precedente é obrigatório, a utilização da modulação é essencial em certos casos justamente para preservar a confiança dos jurisdicionados que atuam em conformidade com ele.”¹⁷³

Entretanto, sua utilização não pode ser banalizada, tendo-se em vista que ela igualmente trabalha como um facilitador da alteração de precedentes e pode ser um catalisador de instabilidade dos precedentes dos tribunais, algo não desejado pelo legislador (art. 926, CPC) e muito menos pela sociedade.

Dessa forma, identificar quais razões de segurança jurídica viabilizam a mitigação dos efeitos da alteração de jurisprudência no tempo é imprescindível para que se utilize corretamente o instituto, de forma a garantir mais estabilidade e previsibilidade ao sistema e não o contrário.

Nesse sentido, o que parece ser o principal viés da segurança jurídica a ser observado nesses casos, é justamente seu aspecto subjetivo, relativo à confiança justificada dos jurisdicionados nas posições consolidadas, em especial pelos tribunais superiores.

Com isso em mente, a primeira premissa a ser observada diz respeito à credibilidade do precedente cuja alteração se realizará, ou seja, se no momento da revogação já existiam indícios anteriores claros, da própria Corte, no sentido de que o precedente já não mais possuía grande prestígio, ou em sentido contrário, se a mudança é de toda forma surpreendente à comunidade jurídica.

¹⁷² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

¹⁷³ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

Luiz Guilherme Marinoni posiciona-se no sentido de que quando nada indica provável a “revogação de um precedente, e, assim, os jurisdicionados neles depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da segurança jurídica e proteção da confiança, é possível revogar um precedente com efeitos puramente prospectivos.”¹⁷⁴

Seguindo essa linha de pensamento, Ravi Peixoto diz que “o primeiro requisito a ser ultrapassado é o da demonstração de que o novo precedente efetivamente signifique uma modificação surpreendente na linha jurisprudencial anterior do tribunal.”¹⁷⁵

Diversas são as formas de aferir a fragilidade de um precedente, sendo que o sistema brasileiro, também nesse ponto, tem suas peculiaridades, especialmente pela existência de mais de um método de alteração de jurisprudência.

Assim, quando se tratar de alteração oriunda do sistema difuso de revisão de entendimentos, é preciso verificar, por exemplo, se a Corte já não vinha, em julgamentos de questões similares ou conexas, desviando-se da premissa jurisprudencial alterada, enfraquecendo-a e retirando-lhe a legítima confiança.

Outro ponto a ser ponderado diz respeito ao grau hierárquico do precedente, ou seja, se ele foi editado pela Corte que detém a última palavra sobre o assunto, pois, caso não tenha, eventual alteração torna-se mais plausível, o que retiraria o caráter surpreendente.

Entretanto, especialmente no Brasil, esse aspecto passa longe de ser absoluto, devendo ser utilizado, se for o caso, apenas como fundamento acessório, pois claramente existem situações na quais ele não servirá de justificativa de enfraquecimento do precedente.

É que o próprio sistema recursal brasileiro e, principalmente, o problema relativo ao excesso de demanda, resultam em lapsos temporais imensos entre os julgamentos em cada instância, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O próprio exemplo já citado ao longo desse capítulo relativo à prescrição da cobrança do FGTS demonstra que o fato de a questão não ter sido julgada pela última instância nem sempre indica fragilidade do precedente.

Isso porque, nessa questão, o Tribunal Superior do Trabalho editou súmula que perdurou por mais de 10 anos sem que houvesse expectativa ou previsibilidade de

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 430.

¹⁷⁵ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

juízo pelo Supremo Tribunal Federal, o que permitiu que o entendimento da instância inferior se consolidasse, passasse a pautar a conduta dos jurisdicionados, bem como despertasse legítima confiança em sua premissa.

Justamente por isso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o risco à segurança jurídica das relações anteriormente firmadas que seu novo entendimento geraria e modulou os efeitos de sua decisão.

Esse exemplo mostra também que a idade do precedente pode servir como parâmetro de aferição da confiança, pois quanto mais longevos os entendimentos, mais confiança eles despertam, demonstrando que não foram resultado de casuísmos, como por exemplo, composição da Corte no momento da sua edição.

Eventual alteração legislativa também pode vir a enfraquecer ou até desconfigurar o precedente, fazendo com que esse perca totalmente sua credibilidade.

Em que pese as atualizações de entendimento que visem apenas obedecer novos parâmetros normativos não se tratem de efetiva alteração de jurisprudência é inegável que, na prática, elas podem resultar em revogação de entendimentos consolidados anteriormente.

É possível que haja um lapso temporal razoável entre o início da vigência da lei e a efetiva atualização do entendimento, entretanto, não haveria que se falar em confiança justificada para aqueles que, mesmo com alteração legislativa, continuaram a se utilizar de precedente incompatível com a nova realidade.

Como se vê, diversas são as variáveis que podem ser levadas em conta na aferição da estabilidade do entendimento, bem como da confiança que ele desperta na sociedade para que o tribunal avalie que eventual superação necessita ter sua eficácia temporal mitigada.

A grande peculiaridade que o sistema brasileiro apresenta em termos de modulação, decorre da existência do sistema concentrado de alteração de jurisprudência.

Isso porque, esse sistema tem a vantagem, decorrente de sua ampla divulgação e da possibilidade de participação de terceiros nas discussões, de tornar pública a existência de debates e da real possibilidade de alteração de determinado entendimento vir a ser alterado.

Essa sistemática é importante, vez que, instaurado o procedimento concentrado de revisão, torna-se notório que o entendimento se encontra em risco de ser modificado, fazendo com que, a partir desse momento, não se possa mais falar em eventual surpresa com sua superação a justificar a concessão de efeitos prospectivos a partir da alteração.

Por outro lado, em que pese a instauração do método concentrado de alteração tornar pública a existência de risco de revogação, isso não significa que a modulação de efeitos é completamente inaplicável nessa sistemática.

Na verdade, ela somente permite fixar no tempo o momento em que a credibilidade do entendimento restou abalada, de forma a não tornar legítima a confiança nele depositada, mas isso não significa dizer que a modulação de eventual alteração é impossível.

Isso porque, o próprio procedimento de revisão pode ser surpreendente, fazendo com que até esse momento o entendimento despertasse legítima e justificada confiança na sociedade, tornando possível se pensar em concessão de efeitos prospectivos a partir do início dos debates, caso a alteração venha efetivamente a se concretizar.

Por outro lado, o sistema concentrado pode servir também como fator de aumento da credibilidade dos posicionamentos, tendo-se em vista que, na hipótese de haver a instauração do procedimento de revisão que venha a ser rejeitado, com a consequente manutenção do entendimento, ele terá superado o teste máximo de credibilidade, podendo tornar-se ainda mais estável, reforçando-se ainda mais a confiança nele depositada.

Assim, o critério essencial a ser observado para fins de modulação de efeitos de alteração de jurisprudência se constitui na credibilidade que recai sobre entendimento alterado, verificando-se se ele despertava confiança legítima na comunidade, que pautava sua conduta de forma estável em sua premissa.

Verificada a grande credibilidade, resultante, em especial, da inexistência de sinais contrários ao posicionamento que pudessem resultar em sua alteração, essa última, se promovida, será surpreendente de uma forma injusta, o que autoriza a concessão de efeitos prospectivos, justamente para preservar a confiança justificada da sociedade.

Além dessa proteção contra surpresa injusta, podem servir de justificativa para a modulação de efeitos outros critérios que, apesar de não possuírem o mesmo peso, não deixam de ser relevantes na análise da situação concreta.

Ravi Peixoto cita a boa-fé daqueles que se pautaram no precedente superado, impondo àquele que postula a concessão de efeitos prospectivos para validar sua conduta, a demonstração de ter atuado de boa-fé, em conformidade com o entendimento anterior.¹⁷⁶

¹⁷⁶ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

Além disso, a análise se a alteração de posicionamento gerará ou não prejuízo àqueles que se pautaram no entendimento superado, apesar de não ser um critério absoluto, também possui sua relevância.

É que de forma acessória e adicional à proteção contra a surpresa injusta, eventual mitigação da eficácia temporal de um novo entendimento se mostra mais justificável se tiver por escopo impedir a ocorrência de prejuízos aos que, justificadamente, confiaram no precedente.

Eventual alteração de posicionamento que não possua potencial danoso, dificulta, se não torna injustificável, a aplicação apenas prospectiva do novo entendimento.

Dessa forma, utilizando-se adequadamente os critérios ora elencados, eventual modulação de efeitos de alteração de jurisprudência servirá como instrumento de proteção da segurança jurídica, bem como do interesse social.

Tratando especificamente sobre o interesse social, que se constitui em um conceito indeterminado e bastante difícil de ser limitado, conforme a própria doutrina reconhece, é fato que o texto do Código de Processo Civil acertou a utilizar a junção “e” e não “ou” como ocorrido nas leis 9.868/99 e 9.882/99, pois não abre discussões sobre eventual possibilidade de modulação de efeitos pautada exclusivamente no interesse social, sem levar em consideração a segurança jurídica, cuja própria constitucionalidade é discutida.¹⁷⁷

3.5.2. Procedimentos de modulação

Compreendidos os requisitos justificadores de modulação dos efeitos da alteração de jurisprudência, mostra-se relevante, especialmente pelo silêncio legislativo sobre o assunto, abordar os parâmetros procedimentais relativos à modulação.

¹⁷⁷ Ana Paula Ávila firma que a expressão pode ser interpretada de duas formas: “Por um lado, a expressão pode ser considerada inconstitucional, uma vez que, sua ampla indeterminação, ambiguidade e fluidez contrastam com as exigências de previsibilidade e certeza, decorrentes do princípio constitucional da segurança jurídica, que constitui, neste particular, fundamento do próprio Estado de Direito. Por outro lado, para que sua aplicação seja válida, através de seu emprego deverá ter prevalência o interesse da sociedade, quando contraposto aos interesses do próprio Estado. Além disso, como se sustenta desde o início, diante da necessidade de manutenção da supremacia da Constituição (sob pena de ruptura da própria ordem constitucional), a modulação dos efeitos somente estará autorizada na medida em que contemplar a aplicação de outras normas constitucionais que, após justificada ponderação, se sobreporiam àquela que foi violada pela lei declarada inconstitucional. (AVILA, Ana Paula. *Modulação de Efeitos Temporais pelo STF*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 175).

Nesse sentido, tratando-se a própria alteração de jurisprudência de uma prerrogativa da Corte que a editou, a modulação de seus efeitos igualmente possui tal condição podendo ser promovida de ofício, independentemente de provocação das partes.

Não se pode perder de vista que eventual superação de entendimento consolidado, ainda que promovida pelo método difuso, possui repercussão que transcende o interesse das partes do processo, gerando reflexos em toda comunidade jurídica, razão pela qual a Corte deve ter a prerrogativa de mitigar seus efeitos sempre que isso atender ao interesse da segurança jurídica.

Entretanto, mostra-se no mínimo recomendável que a parte que trabalha pela manutenção do precedente alegue de forma subsidiária a necessidade de modulação dos efeitos de eventual alteração, preferencialmente na primeira oportunidade em que lhe couber falar sobre a eficácia do precedente, justamente para evitar discussões acerca de eventual preclusão.

Fala-se em primeira oportunidade para tratar da eficácia do precedente, tendo-se em vista que, não necessariamente, sua aplicação ou superação será objeto de alegação inicial das partes. Não se pode perder de vista que diante da regra imposta pelo art. 10 do CPC, é plenamente possível que o Juiz determine que as partes se manifestem sobre a aplicabilidade de determinado precedente ao caso concreto, mesmo que este não tenha sido suscitado pelas partes num primeiro momento.¹⁷⁸

Ravi Peixoto, ao tratar do momento adequado de se pleitear a modulação de efeitos, afirma que: “De toda forma, a regra seria que houvesse seu requerimento, como uma espécie de *ultima ratio* de proteção da segurança jurídica e da confiança legítima”.

O jurista lembra que, na modulação de efeitos das decisões do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão relativa à possibilidade de modulação ser alegada e promovida em sede embargos de declaração e, apesar de em um primeiro momento ter entendido que não era possível promovê-la dessa forma, em julgamento posteriores alterou sua posição e passou a admitir que se suscitasse e efetivamente se promovesse a modulação de efeitos por intermédio de embargos declaratórios¹⁷⁹.

¹⁷⁸ CPC, Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹⁷⁹ Ravi Peixoto relata que nos primeiros julgamentos sob o tema ADI 483 ED; ADI 1.498 ED e ADI 2.728

Em resumo como a modulação de efeitos tem por objetivo proteger o ideal de segurança jurídica, mostra-se recomendável que ela possa ser suscitada em qualquer momento do processo, inclusive sendo aplicada de ofício pela Corte.

Outro ponto relevante diz respeito ao quórum necessário à aprovação da modulação de efeitos, tendo-se em vista que são escassas as previsões sobre o assunto.

Da mesma forma que ocorre com a própria alteração de jurisprudência, salvo no controle de concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes, que estabelecem o quórum de dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal, não existe previsão legal sobre o assunto.

Destaque-se que como já antecipado no tópico específico, o STF, no julgamento do RE 586.433, fixou o entendimento que o referido quórum também é aplicável à modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade.

Assim, quando se tratar de alteração de jurisprudência consolidada do próprio STF, ou ainda, no âmbito dos tribunais superiores, não há regra pré-estabelecida, existindo controvérsia sobre a questão.

Roque Antonio Carraza¹⁸⁰ e Thomas da Rosa de Bustamante¹⁸¹, por exemplo, defendem que o quórum de dois terços seja aplicado analogicamente à modulação de efeitos a ser promovida nos demais casos.

Todavia, com o devido respeito aos renomados juristas, essa não parece ser a melhor solução para a questão.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado e súmulas vinculantes possuem efeito mais amplo que os demais precedentes de caráter vinculante, pois seus efeitos transcendem o âmbito do Poder Judiciário, sujeitando inclusive o Poder Executivo.

ED, ocorridos na década passada, restou rejeitada a possibilidade de modulação através de Embargos de Declaração, entretanto, em apreciar novamente a questão em 2011, no julgamento dos RE 572.052 ED e RE 500.171 ED, a Corte passou a permitir essa prática.

¹⁸⁰ CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito Ex Nunc às Decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁸¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

Ademais, em princípio, o controle concentrado não se constitui tecnicamente em alteração de jurisprudência propriamente dita, tendo-se em vista que se trata de um julgamento único que avalia a constitucionalidade de norma em abstrato.

Por conta disso, tratando-se a modulação de precedentes de casos repetitivos ou de súmulas de jurisprudência, não parece ser adequado impor o quórum qualificado, por analogia.

Para Ravi Peixoto:

(...) o quórum para a decisão de modulação de efeitos na superação de precedentes será o mesmo utilizado para as demais decisões (maioria relativa), não sendo adequada a aplicação analógica dos artigos que fazem referência ao tema no controle abstrato de constitucionalidade.¹⁸²

Entretanto, igualmente, não parece que o estabelecimento da regra de maioria relativa seja a solução mais adequada ao tema, tendo-se em vista que, em muitos casos ela não se harmonizará com o quórum necessário à criação ou alteração do precedente.

Com efeito, parece mais adequado que o quórum aplicável à modulação de efeitos seja exatamente o mesmo exigido para a alteração do precedente, tudo conforme regras estabelecidas pela Corte responsável pelo precedente.

No item 3.4.2 foi ressaltado que tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Tribunal Superior Trabalho estabelecem, em seus respectivos regimentos internos, que a alteração de suas súmulas é promovida com quórum qualificado de maioria absoluta dos membros do órgão responsável pela edição do entendimento consolidado.

Tão relevante quanto a própria alteração em si é a definição de sua eficácia, fazendo transparecer que o quórum ideal para eventual modulação de efeitos deva ser exatamente o mesmo exigido para promover a alteração.

Dessa forma, entende-se que para os casos em que inexistente previsão legal específica estabelecendo o quórum necessário, tal definição compete a cada Corte internamente, sendo recomendável que para aprovação de eventual modulação de efeitos utilize-se o mesmo quórum exigido para a própria alteração em si.

¹⁸² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

3.5.3. Técnicas de modulação dos efeitos da alteração de jurisprudência

Alterado o entendimento antes prevalecente, bem como feita opção de modular a eficácia temporal do novo posicionamento, com escopo de proteger a segurança jurídica e a confiança justificada, as Cortes possuem ainda uma última etapa a ser enfrentada, que consiste na definição da técnica de modulação mais adequada para o caso concreto.

Apesar da ampla aceitação acerca da possibilidade e conveniência de, em determinadas situações, promover-se a modulação dos efeitos da alteração de jurisprudência, o que não se mostra tarefa das mais fáceis é definir o método a ser utilizado.

Em termos práticos, o objetivo de limitar a eficácia temporal de um novo posicionamento jurisprudencial, significa definir a partir de qual momento ele será aplicável e, por conseguinte, fixar quais situações serão por ele reguladas e quais serão decididas com base no entendimento anterior.

Doutrinariamente parece haver certo consenso pela existência de ao menos três técnicas de modulação distintas, todas igualmente reconhecidas no *common law*, utilizadas no manejo do *prospective overruling* e descritas no segundo capítulo.

Nesse sentido, Ravi Peixoto e Fredie Didier Jr, ao analisarem os possíveis efeitos que um entendimento jurisprudencial pode produzir no tempo, elencam duas modalidades retroativas e três prospectivas.

A aplicação ao passado seria classificada em: (a) retroativa pura, na qual o novo entendimento é aplicado sem qualquer limitação, inclusive sobre questões que já transitaram em julgado e, em tese, autorizaria o manejo de ação rescisória e; (b) aplicação retroativa clássica, na qual o novo entendimento é aplicado aos fatos passados, anteriores à sua formação, com exceção daqueles que já tenham transitado em julgado.

Como explicitado no início deste capítulo, a aplicação da retroativa pura não é aceita pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho para viabilizar eventual corte rescisório, sendo certo que ambas as Cortes já sedimentaram entendimento no sentido de não ser cabível ação rescisória que tenha como fundamento a aplicação retroativa de um entendimento jurisprudencial.

Por outro lado, não se pode deixar de lembrar que o ordenamento jurídico estabelece a polêmica relativização da coisa julgada, resultante da inexigibilidade de título executivo fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Previsão antes consignada no art. 475-L, § 1º¹⁸³ do Código revogado, que foi mantida e ampliada no § 12º do art. 525¹⁸⁴ do Código atual, que não deixa de configurar uma aplicação retroativa pura de um entendimento jurisprudencial.

Já a aplicação retroativa clássica, constitui-se na regra geral não apenas do *civil law*, mas também do *common law*, e resulta do efeito ordinariamente atribuído à nova jurisprudência, aplicando-se a fatos passados, inclusive em processos já andamento, desde que ainda não tenham transitado em julgado.

Passando às técnicas de concessão de efeitos prospectivos à alteração de entendimento paradigmático, basicamente, elas visam estabelecer um momento temporal exato a partir do qual o novo posicionamento passará a ser aplicado, não atingindo situações fáticas já consolidadas anteriormente, sendo que para essas, mesmo que eventuais processos ainda não tenham transitado em julgado, será aplicado o entendimento anterior, apesar de já superado.

A primeira técnica de modulação seria a aplicação pura de efeitos prospectivos, identificada no *common law* como *pure prospective overruling*, que consiste na técnica na qual o novo posicionamento somente é aplicável para situações que ocorrerem a partir da modificação, não sendo aplicável sequer às partes do processo que resultou na alteração.

A principal crítica a essa técnica de modulação se resume ao desestímulo à militância em favor da superação de precedentes e, por conseguinte, à evolução do direito, tendo-se em vista que se mostra desinteressante à parte que deseja a modificação do precedente, pois, caso obtenha êxito em sua empreitada, não se beneficiará do novo entendimento.

A exceção recairia sobre os litigantes habituais que, mesmo não se aproveitando imediatamente do novo entendimento, dele se beneficiarão no futuro.

Isso porque, se há habitualidade na litigância, a situação que a origina tende a continuar a ocorrer mesmo após a atualização do entendimento, fazendo com que, para essas ocorrências posteriores, aquele que buscou a modificação usufrua de seu resultado.

¹⁸³ Art. 475-L, § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

¹⁸⁴ Art. 525. § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Luiz Guilherme Marinoni lembra que se a nova regra não vale ao caso em julgamento, “a energia despendida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo o litigante que busca a tutela jurisdicional.”¹⁸⁵

Por outro lado, mesmo reconhecendo a relevância do argumento de desestímulo à evolução do direito, é importante também que se analise a questão sob a ótica da parte de que postula a manutenção do precedente.

Não se pode perder de vista que, em se tratando de modulação de efeitos, o critério principal a ser observado para sua utilização é justamente a proteção da confiança legítima depositada no entendimento.

Assim, aquele que defende o precedente, agiu em sua observância quando não havia indícios suficientes a fazê-lo duvidar de sua credibilidade, sendo certo que eventual aplicação retroativa resultará em clara frustração dessa confiança.

Como bem ressalta Ravi Peixoto:

Há de perceber-se que, da mesma forma que a parte que consegue a vitória tem o direito fundamental de proteção judicial, a outra parte também o possui. Ela teria efetivamente confiado e atuado de boa-fé com base no posicionamento anterior. Igualmente à situação da parte que tenta modificar o precedente age esperando pão e recebe pedra com a eficácia prospectiva, o mesmo ponto de vista pode ser verificado pela outra parte. Ela atua durante um longo processo judicial de forma a defender um posicionamento consolidado do Poder Judiciário, no qual confiou para atuar de determinada forma e, caso o novo precedente possua entendimento retroativo, terá atuado esperando pão, mas receberá pedra.¹⁸⁶

Com escopo de supostamente solucionar o problema de desestímulo à busca pela superação do precedente e da conseqüente evolução direito, há a segunda técnica de modulação, que concede efeitos prospectivos à mudança de posicionamento e ao mesmo tempo premia aquele que trabalhou para isso.

Utilizando-se a conceituação de Aharon Barak, no âmbito do *common law* ela é denominada *prospective-retroactive overruling*, sendo que a doutrina nacional utiliza mais de uma nomenclatura para identificá-la.¹⁸⁷

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁸⁶ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

¹⁸⁷ Fredie Didier Junior fala em “aplicação prospectiva clássica” e Ravi Peixoto em eficácia “quase-prospectiva”.

Entretanto, independentemente da denominação utilizada, essa técnica consiste na alteração do entendimento com eficácia apenas para o futuro, com exceção do caso que resultou na modificação, para que o qual ela será aplicada retroativamente.

Apesar de supostamente resolver o problema do desestímulo à busca pela atualização do entendimento, essa técnica cria outras distorções que tendem a ser ainda mais sérias e até injustas.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que a admissão da retroatividade em relação a apenas “um caso ou somente ao caso em julgamento faz com que todos os outros casos passados sejam tratados à luz do precedente, embora se declare que este não mais tem autoridade”.¹⁸⁸

Dessa forma, ao aplicar retroativamente o novo entendimento apenas ao processo que resultou na sua adoção, a isonomia se mostra seriamente ameaçada, senão desrespeitada.

Isso porque, em regra, não existe apenas um processo em andamento discutindo a necessidade de superação de determinado entendimento consolidado e, caso a modulação seja aplicada dessa forma, haverá manifesto tratamento desigual entre litigantes na mesma situação.

Ora, o simples fato de determinado processo ter sido julgado primeiro, o que, no Brasil, sequer significa que ele foi ajuizado primeiro (em razão de enorme discrepância de produtividade existente entre as Varas de Justiça e Tribunais de instância ordinária), não se mostra como um fator preponderante o suficiente e, principalmente justo, para beneficiar de forma desigual um único litigante, em detrimento de todos os demais em situação idêntica.

Como se vê, o que a princípio solucionaria o problema do desestímulo, na verdade pode agravá-lo, tendo-se em vista que igualmente não haverá interesse em buscar a atualização de determinado entendimento caso a parte vislumbre que somente se beneficiará do resultado se tiver a sorte de seu processo ser o que venha a ser julgado primeiro.

Do ponto de vista das partes favoráveis à manutenção do entendimento, a questão também se mostra tormentosa e desproporcional, pois dentre inúmeros litigantes, somente aquele que tiver “azar” de ter seu processo julgado primeiro sofrerá os efeitos do novo entendimento, sendo que para todos os demais será adotada a posição anterior.

Já a terceira técnica é aquela que a doutrina do *common law* denomina *prospective-prospective overruling*, que consiste na superação de um entendimento cujo início de sua

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

eficácia temporal é postergada para futuro, fixando uma condição ou data para isso acontecer.

Nesse sentido, apesar de a Corte promover a alteração de um precedente ela consigna que o novo entendimento não produzirá efeitos de forma imediata, ficando sua eficácia postergada à ocorrência de um evento futuro.

Luiz Guilherme Marinoni faz as seguintes considerações sobre o *prospective-prospective overruling*:

Trata-se da hipótese em que a Corte possui motivos para acreditar que o *overruling* será revertido pelo Legislativo, que dará melhor regulação à matéria. Como a regra judicial criada com *overruling*, em princípio, governa as relações que lhe são pretéritas, a menos que a decisão revogadora declare que seus efeitos dirão respeito apenas para o futuro, nessa última hipótese o *overruling* poderá atingir as situações intermediárias entre o *overruling* e a regra legislativa ou ter seus efeitos contidos até a data em que se presume que o legislativo terá criado a regra. Ao se declarar que a revogação vai produzir efeitos após a possível criação legislativa da regra, os efeitos do *overruling* somente serão produzidos caso o Legislativo não atue.¹⁸⁹

Dessa forma, em situações que a Corte entenda que o Legislativo deveria disciplinar a matéria, é possível que, apesar da expressa revogação do precedente, a eficácia do novo entendimento seja postergada por um prazo suficiente à elaboração da lei sobre o assunto e, caso ela não venha a ser editada, o novo entendimento passa a produzir efeitos.

A vantagem dessa técnica é permitir à sociedade ter conhecimento de que a premissa anterior tem prazo para acabar, permitindo-lhe, por conseguinte, organizar-se para se adequar à nova realidade interpretativa.

Por outro lado, a crítica que recai sobre essa modalidade é que ela cria uma distorção jurídica, pois aos atos praticados no lapso temporal será, em princípio, aplicado o entendimento que já se considera ser o mais a interpretação correta da lei.

Além disso, entende-se que a atuação do Judiciário nesses moldes pode resultar em ingerência no Legislativo em detrimento da harmonia entre os poderes, tendo-se em vista que de fato é criado um instrumento de pressão, exigindo-se a atuação do Poder Legislativo, sob pena de o Poder Judiciário, digamos, regular a matéria.

Críticas à parte, vale lembrar que, apesar de não se tratar de efetiva alteração de jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, no já citado julgamento de inconstitucionalidade de lei criadora de município, utilizou-se de forma bastante salutar

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

dessa técnica, quando postergou os efeitos de sua decisão por vinte quatro meses, prazo considerado suficiente para que o Legislativo produzisse a lei necessária a regularizar a situação.¹⁹⁰

Feitas essas considerações sobre as técnicas de modulação, depreende-se que a definição da mais adequada se mostra mais tormentosa sempre que alteração ocorrer por intermédio do método difuso de superação, principalmente por conta de existência de um interesse concreto das partes no julgamento.

É que no modelo concentrado de revisão, em princípio, não existe uma situação concreta em discussão, fazendo com que a alteração tenha por base a adequação ou não da antiga premissa ao atual cenário jurídico e, por conta disso, os efeitos de eventual modulação não terão influência direta para as partes, diminuindo consideravelmente os riscos de insatisfação ou de tratamento desigual.

Ainda, há a tendência de que exista ampla divulgação acerca da possibilidade de superação do entendimento, inclusive com a participação de terceiros no debate, o que tende a diminuir, senão eliminar, a possibilidade de surpresa injusta.

Além disso, a própria instauração do procedimento pode servir como marco limitador da confiança legítima sobre o entendimento, tornando menos tormentoso definir o momento a partir do qual o novo entendimento deve produzir efeitos, quando se entender que a modulação é recomendável.

Independentemente do método de superação utilizado, é possível perceber que todas as técnicas descritas possuem virtudes e, se bem utilizadas, promovem a segurança jurídica e protegem a confiança, mas, ao mesmo tempo, também são potencialmente criadoras de distorções indesejáveis caso aplicadas equivocadamente, o que torna necessária a análise individualizada de cada superação promovida para se definir qual técnica de concessão de eficácia prospectiva é mais adequada.

Por fim, somente a experiência prática poderá efetivamente confirmar, mas parece que o modelo brasileiro tende a tornar mais recomendável que as superações com modulação de efeitos sejam realizadas preferencialmente sob o modelo concentrado, pois, além de permitir discussão mais ampla sobre a necessidade ou não de atualização do direito, que não fica restrita à Corte que fixou o entendimento, torna pública a possibilidade de superação.

¹⁹⁰ STF, ADI 2.240.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, objetivou-se demonstrar que a evolução do papel da jurisprudência no direito brasileiro e a concessão de efeito vinculante a grande parcela dos posicionamentos adotados pelos tribunais superiores, consiste na principal aposta do legislador para superar a crise de demanda e credibilidade que atinge o sistema judicial no país.

Se muitas das medidas não se constituem em inovações propriamente ditas, pois ao longo da história já existiram previsões semelhantes, é fato que nunca se concedeu protagonismo tão amplo às decisões judiciais, como forma de pacificação de conflitos e solução de processos.

Esse papel de destaque da jurisprudência foi inspirado no sistema do *common law* e, além do *stare decisis*, diversos outros institutos dele decorrentes foram introduzidos em nossa realidade jurídica.

Técnicas de manejo dos entendimentos vinculantes, como por exemplo, os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum* e o *distinguishing* passarão a compor o cotidiano processual. Todavia, não se mostravam relevantes ao objeto de pesquisa, focada nos efeitos da jurisprudência no tempo e não em sua aplicabilidade no caso concreto.

Também em matéria de eficácia temporal da jurisprudência houve importação expressa de institutos, pois as regras de revisão de entendimento, bem como de mitigação de seus efeitos temporais, típicas do *common law*, agora passam a ter previsão expressa e geral no ordenamento jurídico.

Essa importação dos institutos, invariavelmente, ao mesmo tempo que traz os benefícios a eles inerentes, não deixa de carregar, ao menos parcialmente, seus respectivos problemas, já enfrentados em seus redutos originários e, pela sistemática introduzida no Brasil, os tribunais superiores terão papel fundamental na definição dos limites a serem observados, como forma de padronizar os procedimentos para nossa realidade jurídica.

Os fundamentos estabelecidos como justificadores do *stare decisis* de estabilidade, proteção da confiança, igualdade, eficiência administrativa e imagem da justiça, constituem-se em virtudes importantes a qualquer sistema jurídico e o brasileiro infelizmente, ao menos nesse momento histórico, não as ostenta como almejado pela sociedade.

Muitas são as críticas e os exemplos práticos ocorridos no cotidiano dos operadores do direito que revelam falta de estabilidade e de tratamento igualitário aos litigantes em

situações idênticas, que acabam recebendo resultados completamente antagônicos em inúmeras ocasiões.

Essa falta de previsibilidade mina a confiança da sociedade no sistema de justiça, bem como resulta em ineficiência administrativa, decorrente da demora nos julgamentos e do incentivo à litigância, que prejudicam sua imagem perante os jurisdicionados.

Como bem relata a doutrina do *common law*, não faz sentido que situações já apreciadas anteriormente, especialmente aquelas já consolidadas pelos tribunais superiores, tenham seus precedentes ignorados pelos magistrados de instâncias inferiores, pois essa conduta, tão comum em nossa realidade, somente gera insegurança jurídica e ainda é fator relevante no aumento da lentidão dos processos.

Dessa forma, para que as regras ora instituídas produzam o efeito desejado, o primeiro desafio a ser superado na busca de um sistema mais racional e eficiente, consiste no estabelecimento de uma cultura séria de respeito aos precedentes em nosso sistema legal.

A lei processual buscou garantir o alcance desse objetivo ao elencar expressamente as decisões de observância obrigatória, impondo requisitos mais rígidos para sua alteração ou não aplicação ao caso concreto.

Além disso, o instituto da reclamação, mecanismo de controle direto de respeito às decisões de vinculantes, exercido pelas próprias Cortes responsáveis pela edição dos entendimentos paradigmáticos, teve sua aplicabilidade sensivelmente ampliada.

Por conta de todos esses fatores, recairá sobre os tribunais superiores a grande responsabilidade, até o momento não exercida de forma adequada, de garantir não apenas a uniformização, mas o respeito à jurisprudência.

Consolidado um entendimento, seja a tese prevalecente de resolução de litigiosidade repetitiva ou um enunciado de súmula de jurisprudência, por exemplo, estes terão observância obrigatória horizontal e verticalmente, o que tende a trazer mais estabilidade e previsibilidade ao sistema.

Apesar de a manutenção dos posicionamentos ser vital para o sistema, essa estabilidade não pode ser absoluta, imutável, tendo-se em vista que a sociedade evolui e o direito precisa segui-la, refletindo sua realidade da forma mais atual possível.

Para atender tal premissa, a introdução de regras específicas sobre o assunto se mostra salutar e, apesar de inspirada no *common law*, é certo que a sistemática criada para atualização de jurisprudência possui suas peculiaridades e parte delas ajuda a evitar que aqui se instalem problemas já enfrentados naquele sistema jurídico.

Nesse sentido, as regras relativas à alteração de posicionamento demonstram que nem todos os institutos do *common law* foram absorvidos, em especial a possibilidade de superação implícita.

Isso porque, a não aplicação de precedente depende de fundamentação adequada e específica, sob pena de nulidade da decisão, valendo ressaltar que essa medida é benéfica, pois a experiência do *common law* demonstra que a superação de forma implícita normalmente traz mais complicadores do que benefícios, apesar de facilitar a atualização do direito.

É que a possibilidade de não aplicação de um precedente sem sua revogação expressa diminui a rigidez, cria dúvidas sobre a validade do posicionamento e, se for utilizada de forma indiscriminada, quebra a estabilidade do sistema, sendo uma crítica corriqueira da doutrina do *common law*.

Outra distinção relevante consiste na existência de dois métodos autônomos de revisão de entendimento: (i) difuso, no qual os litigantes batalham cotidianamente em processos esparsos contra eventual entendimento que os desfavoreça, buscando sua revogação (*overruling*), que se trata da metodologia típica do *common law*; (ii) concentrado, procedimento criado especificamente para promover a alteração de jurisprudência, no qual não há um direito concreto em discussão, mas apenas e tão somente a correção do próprio precedente em si.

Independentemente do método utilizado, o mais relevante no que tange à alteração de jurisprudência, resulta da imposição da já citada necessidade de fundamentação específica, combinada com a obrigação de observância da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia em seu processo.

Essas medidas trabalham em favor da estabilidade do sistema, pois, se respeitadas, tornarão a jurisprudência mais estável e não suscetível a alterações casuísticas, que são incompatíveis com a observância dos princípios elencados.

Para que um sistema de vinculação de precedentes tenha sucesso, é imprescindível que estes possuam credibilidade, que somente é alcançada caso sejam estáveis e coerentes, despertando confiança nos jurisdicionados de que podem utilizá-los como parâmetro para pautar suas condutas.

Obedecidos todos os requisitos e promovida a alteração da jurisprudência, passa a ser expressamente autorizada a mitigação da eficácia temporal do novo entendimento, o que encerra discussões sobre a possibilidade de se promover, de forma geral, a chamada

modulação dos efeitos da alteração jurisprudência, ou como conceituado no *common law*, *prospective overruling*.

Assim, a possibilidade de concessão de efeitos apenas prospectivos ao novo entendimento, que já era defendida por grande parte doutrina e, em situações isoladas já vinha sendo acolhida pelo Judiciário mesmo sem previsão legal específica, torna-se uma realidade no sistema legal.

Não se pode perder de vista que se trata de uma possibilidade que deve ser utilizada sempre que seus requisitos de proteção à segurança jurídica, ao interesse social e contra surpresa injusta se mostrem presentes, entretanto, assim como ocorre no *common law*, o *prospective overruling* deve ser a exceção e não a regra.

Com isso em mente, a concessão de efeitos prospectivos a determinada alteração de jurisprudência deve analisar criteriosamente qual a credibilidade do entendimento a ser alterado, avaliando-se sua solidez e a confiança que ele desperta na comunidade jurídica.

Caso se denote que a modificação é surpreendente, no sentido de que até o momento não havia indícios que ela pudesse ocorrer, frustrar completamente a justificada confiança daqueles que pautaram suas condutas no entendimento, não se mostra uma solução justa e que resulta em ameaça à segurança jurídica.

É justamente para evitar a ocorrência dessa quebra de confiança legítima que o *prospective overruling* existe e, se usado corretamente, serve de importante instrumento para permitir a atualização do direito e, ao mesmo tempo, proteger a confiança daqueles que, de boa-fé, pautaram sua conduta no entendimento até então considerado correto.

Entretanto, somente ter a consciência da necessidade de modular os efeitos da alteração de posicionamento não encerra a questão, sendo igualmente importante definir como ela será feita.

A fixação das decisões que serão ou não abarcados pelo novo entendimento não é tarefa fácil e nem pode ser generalizada, devendo atentar-se para as circunstâncias do caso concreto, inclusive as partes envolvidas e a quantidade de processos existentes sobre a matéria, sob pena de surgirem graves distorções no sistema, ameaçadoras da segurança jurídica e da isonomia.

Na busca de uma mitigação de efeitos mais adequada a cada caso, as Cortes terão, basicamente, três técnicas de concessão de eficácia prospectiva: (i) pura (*pure prospective overruling*); (ii) prospectiva com retroatividade específica (*prospective-retroactive overruling*); ou ainda, (iii) prospectiva postergada (*prospective-prospective overruling*).

Em que pese todas servirem para proteger a confiança legítima depositada nos precedentes, a questão precisa ser também analisada sob a ótica daqueles que trabalham em prol da alteração do precedente, cujos interesses não podem ser ignorados no momento da modificação.

Isso porque a técnica de modulação eventualmente escolhida pode atuar como um fator de desestímulo ao combate a precedentes ultrapassados e da própria evolução do direito, bem como resultar em situações que afrontem seriamente a isonomia, ou ainda, criar lacunas na cronologia de aplicabilidade das decisões paradigmáticas.

Por conta disso, é necessário sopesar tais premissas em contraponto à ideia de proteger a confiança legítima daqueles que acreditaram no entendimento, para se chegar ao modelo mais adequado ao caso concreto.

Dessa forma, a alteração de jurisprudência, basicamente, terá três etapas autônomas e sucessivas: (i) alteração: momento em que a Corte deverá decidir se é o caso ou não de alterar o posicionamento anterior, sempre através de fundamentação específica e com observância à segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia; (ii) modulação: uma vez alterado o posicionamento, competirá a Corte verificar se alteração é de tal forma surpreendente que se mostre necessário proteger a legítima confiança daqueles que se pautaram no entendimento para definir sua conduta, fazendo com que seja necessário mitigar os efeitos do novo posicionamento no tempo; e (iii) definição da técnica: que consiste na escolha precisa dos efeitos que o novo entendimento produzirá no tempo, optando-se, em princípio, de alguma das regras já existentes.

Apenas a experiência prática poderá comprovar, mas em princípio se mostra mais adequado que mudanças surpreendentes sejam feitas pelo método concentrado de alteração, tendo-se em vista que este, por suas peculiaridades, torna notória a possibilidade de alteração de determinado entendimento, permite de forma mais ampla que terceiros interessados na questão participem dos debates, bem como pelo fato de, em regra, não existir um caso concreto a ser decidido conjuntamente com a validade ou não do entendimento, o que tende a diminuir as variáveis a serem sopesadas no momento de definição da técnica de modulação de efeitos que se entenda necessária.

Entretanto, sem dúvida, são muitas as inovações introduzidas e sua adequada adaptação à nossa realidade jurídica é um caminho a ser percorrido gradualmente pelos operadores do direito e somente a experiência prática poderá indicar a direção correta, que deve ser norteadada pela busca de um sistema mais racional, eficiente, célere e principalmente justo.

REFERÊNCIAS

- AVILA, Ana Paula. *Modulação de Efeitos Temporais pelo STF*. Poro Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- AVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BARAK, Aharon. Overruling precedent. *Israel Law Review*, vol. 21, n. 3-4, 1986.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *A Nova Lei de Recursos Trabalhistas: Lei n. 13.015/2014* / Alexandre Agra Belmonte. São Paulo: LTr, 2015.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CARRAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito Ex Nunc às Decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its contentes*. New York: Baker, Voorhis, 1885.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula Vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: RT, 2008.
- CURRIER, Thomas S. Time and change in judge-made law: prospective overruling. *Virginia Law Review*, vol. 51, n. 2, march 1965.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
- FABRE, Luiz Carlos Michele. *Fontes do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- HEALY, Thomas. Stare decisis as a constitutional requirement. *West Virginia Law Review*, vol. 104, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MALLET, Estêvão. *A Jurisprudência Deve Sempre Ser Aplicada Retroativamente?* Disponível em <www.tst.jus.br>. Acesso em 14.01.2014.

_____. *Reflexões sobre a Lei 13.015/14*. Disponível em <<http://mallet.adv.br/artigo-2-lei-n-13015-revista-do-tst/>>. Acesso em 23.06.2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia Temporal da Revogação da Jurisprudência Consolidada dos Tribunais Superiores*. Disponível em <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/26897>>. Acesso em 15.10.2013.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLITO, Giancarlo. *Força Normativa da Jurisprudência: Modulação e Direito Intertemporal - "Le revirement de jurisprudence"*. Tese de doutorado em direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva: 2012.

MIESSA Élisson. *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho* / Coordenador, Élisson Miessa – 2. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST*. 3ª Ed. Juspodivm, 2013.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2013.

NELSON, Gale. *Stare Decisis*. Editora Smal Pr. Distr. 1991.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. São Paulo: 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana, *Stare Decisis Et Non Quieta Movere*. Lumen Juris, 2011.

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

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Súmulas do TST Comentadas*. São Paulo: LTR, 2012.

PLUCKNETT, Theodore F. T. *A Concise History of The Common Law*. Liberty Fund, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SILVA, Antônio Alvares. *Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTr; 2004.

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

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

TEDESCHI, G. Prospective revision of precedent. *Israel Law Review*, vol. 8, n. 2, april 1973.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários à Lei 13.015/14*. LTr, 3ª Edição, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência – Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Atlas; 2003.