

A SUPERAÇÃO DE ENUNCIADOS SUMULARES NO DIREITO BRASILEIRO E O SEU ADEQUADO TRATAMENTO JURÍDICO

Guilherme Sarri Carreira¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A superação do precedente judicial: o *overruling*, o *overriding* e a *técnica da sinalização*. 3 O ônus argumentativo. 4 A superação do precedente judicial no direito brasileiro: precedentes vinculantes e persuasivos: 4.1 A superação do enunciado vinculante: revisão e cancelamento; 4.2 A superação do enunciado não vinculante (persuasivo). 5 O efeito prospectivo no caso de superação de enunciados vinculantes e persuasivos. 6 O efeito retrospectivo no caso de superação de enunciados vinculantes e persuasivos. 7 A modulação no caso de superação do precedente judicial no projeto do novo CPC. 8 Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o Poder Judiciário funciona, muitas vezes, como um insumo de imprevisibilidade, justamente por decidir a seu bel prazer e por não respeitar a suas decisões, causando uma forte insegurança jurídica.²

Este constante desrespeito a jurisprudência levou alguns autores a denominar este fenômeno de *jurisprudência zigzague* (*Zick-Zack-*

1. Juiz de Direito da Comarca de Bom Jesus de Goiás/GO.

2. Sobre este tema, Bruno Dantas assevera que: “Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário terá forte incentivo a fazê-lo. Evidentemente, esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. Anormal é que a divergência judicial perpassa os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar tratamento mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau. Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos divergentes de colegiados de um mesmo tribunal, como se não existisse ali órgão uno, mas aglomerado de sobrejuízes com competências individuais autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais. Vale dizer, normal é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. Anormal é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados das instâncias inferiores e a sociedade em geral.” (DANTAS, Bruno. Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. In: *Justiça e Cidadania* n.149. jan//2013, Rio de Janeiro: JC, 2013, p. 29-30).

Rechtsprechung)³, sendo que, a título de exemplo, podemos citar a questão do depósito recursal de 30% do valor em discussão para admissão de um recurso administrativo. Em um primeiro momento fixou-se o entendimento de que tal exigência seria constitucional e compatível com o devido processo legal.⁴ Todavia, o STF, em 2007, reanalisando a questão, decidiu pela inconstitucionalidade do depósito, sendo que um dos fundamentos desta nova decisão foi justamente o mesmo princípio utilizado para reconhecer sua constitucionalidade, ou seja, o devido processo legal.⁵

Outro caso de oscilação refere-se ao IPI alíquota zero, uma vez que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 350.446-1, entendeu que nas operações tributadas com base na alíquota zero, o contribuinte do IPI teria o direito de se creditar dos valores recolhidos a este título nas operações anteriores, a exemplo do que ocorreu no caso das isenções. Como se tratava de uma decisão Plenária do STF, vários Recursos Extraordinários foram interpostos pela Fazenda Nacional e sumariamente rejeitados, de forma reiterada, com base no art. 557 do Código de Processo Civil. Esta situação, todavia, permaneceu na Suprema Corte até que o Ministro Maurício Corrêa, após indeferir monocraticamente o Recurso Extraordinário n.º 353.657, reconsiderou sua posição. Após sua aposentadoria, o processo foi redistribuído para o Ministro Marco Aurélio que, ao levar o caso a Plenário, juntamente com os Recursos Extraordinários n.º s 350.446, 357.277 e 370.682, decidiu dar provimento aos recursos da Fazenda Nacional e alterar o entendimento anterior, até então favorável aos contribuintes.⁶

No campo penal é possível citarmos um caso clássico relacionado à progressão de penas para os crimes hediondos. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma prevista no art. 2º, §1º, da Lei n.º 8.072/90 não feria a Constituição Federal.⁷ Ocorre que em 2006, o mesmo Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da norma, alegando que a proibição geral de progressão

3.HEY, Johanna. *Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem*. Köln, Otto Schmidt, 2002, p. 87; ALPA, Guido. *La certezza del Diritto nell'età dell'incertezza*. Napoli, Scientifica, 2006, p. 23. *Apud*: Ávila, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011 p. 53.

4.ADI n.º 1.049 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ 25.08.1995*.

5.ADI n.º 1.976, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ 18.05.2007*.

6.Este histórico foi retirado do texto do Professor Ives Gandra da Silva Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues. Efeitos das Decisões do STF, em Matéria Tributária, em Situações de Mudança de Jurisprudência (Créditos de IPI, nas hipóteses de alíquota zero). In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2007.

7.HC 69.657, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ 18.06.1993*.

de regime para os condenados por crimes hediondos feria o princípio da individualização da pena, dando uma nova visão a este princípio.⁸

Outro exemplo desta jurisprudência cambaleante diz respeito à fidelidade partidária. Isto porque o STF, em 1994, entendeu que não perderia o mandato político o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvinculava do partido ou da aliança partidária pelo qual havia sido eleito.⁹ Entretanto, em 2008, ao rever este entendimento, o STF entendeu que os efeitos da desfiliação partidária envolvem a perda do mandato eletivo, com exceção dos mandatos de cargos majoritários. Em suma, posicionou-se que no caso eleições representativas, o mandato pertence ao partido político e não a figura do eleito.¹⁰

Também não podemos nos esquecer do depositário infiel. Inicialmente, o STF entendeu que a prisão do depositário infiel não violava o Texto Constitucional nem transgredia o sistema protetivo da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹¹ Ocorre que a mesma Corte, ao reanalisar a matéria, entendeu que a Convenção Americana de Direitos Humanos possui um caráter supralegal, resultando na impossibilidade de prisão do depositário infiel.¹²

O problema piora quando a divergência se dá no âmbito de tribunais distintos, como aconteceu com a incidência da COFINS para as sociedades civis, ou a obrigatoriedade de advogado no caso de processo administrativo. Nestes dois casos a divergência jurisprudencial ocorreu entre o STJ e o STF.

No primeiro deles, a matéria estava pacificada no âmbito do STJ que, por sinal, editou o Enunciado 276, dispondo que “as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado.” A matéria foi parar no Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 377.457/PR¹³ e 381.964/MG¹⁴ entendeu pela incidência da contribuição, uma vez que a LC n.º 70/91 é complementar apenas em sentido formal, sendo materialmente ordinária, passível, portanto, de ser revogada pela Lei Ordinária n.º 9.430/96.

8.HC n.º 82.959, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 01.09.2006.

9.MS n.º 20.927, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 15.04.1994.

10.MS n.º 26.604, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, *DJ* 02.10.2008.

11.HC n.º 81.319, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19.08.2005.

12.HC n.º 92.566, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 104, 04.06.2009.

13.RE 377.457, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe-241*, 18-12-2008.

14.RE 381.964, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe-241*, 18-12-2008.

Quanto à presença obrigatória do advogado no processo administrativo disciplinar, o tema foi inicialmente sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme Enunciado 343, editado em 12/09/2007, nos seguintes termos: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em 16/05/2008, editou a Súmula Vinculante 05, dispondo que “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, alterando completamente o posicionamento sumulado do STJ.

Note-se que nos dois últimos casos há um problema relacionado à competência recursal do STF e do STJ, sendo inevitável a crítica referente à artificialidade da divisão de competência entre os referidos tribunais, o que levou Teresa Arruda Alvim Wambier a afirmar que “o jurisdicionado não pode confiar no precedente do STJ, pois poderá vir a ser modificado pelo STF, quando entender que a questão é também (ou somente) de índole constitucional.”¹⁵

Outro caso complexo de oscilação jurisprudencial entre dois Tribunais Superiores se deu entre o STF e o TST, sendo que o caso refere-se à necessidade de motivação do ato de dispensa de empregado público contratado ou concursado de empresa pública ou sociedade de economia mista.¹⁶ Isto porque o TST sempre entendeu que a motivação era exigida somente nos casos da Empresa Brasileiro de Correios e Telégrafos, em razão de estar equiparada a Fazenda Pública, tanto que editou a Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI.¹⁷ Todavia, o STF, no ano

15. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 37.

16. Registro aqui que o referido caso chegou ao conhecimento deste autor através do Dr. Radson Rangel F. Duarte, juiz trabalhista, pessoa que não poderia deixar de citar.

17. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECO-NOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada □ Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007. I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

de 2012, julgando o RE 589.998¹⁸, entendeu que o ato de dispensa depende, em qualquer situação, de motivação, contrariando assim o entendimento sedimentado da referida OJ SDI 247.

Por último, cite-se também o recente posicionamento do STF referente ao prazo prescricional para a cobrança de valores referentes ao FGTS, que, nos termos da Súmula 362 do TST¹⁹, era de 30 (trinta) anos, sendo este alterado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 709.212), ainda pendente de publicação, passando a ser de 05 (cinco) anos.

Diante deste quadro ora apresentado, pode-se afirmar que no Brasil não existe uma cultura de respeito aos precedentes, o que, como dito, acaba por comprometer a credibilidade do próprio Poder Judiciário.

Entretanto, de modo a acabar com esta loteria, o Código de Processo Civil passou por algumas reformas que conferiram ao precedente judicial uma maior importância, em especial para os chamados casos repetitivos dos quais se destacam os arts. 285-A, 543-B e 543-C do CPC, sem se esquecer do instituto da súmula vinculante, devendo-se ainda ressaltar que o projeto do novo CPC possui disposições específicas sobre os precedentes judiciais.

Portanto, pode-se concluir que o sistema do precedente judicial consiste hoje em uma realidade, o que torna imperioso a sua compreensão, especialmente os casos de superação e a suas consequências, notadamente seus efeitos de ordem temporal.

2 A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: O *OVERRULING*, O *OVERRIDING* E A TÉCNICA DA SINALIZAÇÃO

18. “EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I – Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II – Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV – Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.” (RE 589998. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Dt. Julgamento: 20/03/2013. Data de publicação: 12-09-2013).

19. “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.”

Primeiramente, é importante deixar claro que a superação do precedente judicial não se confunde com o *distinguishing* e nem com o *first case* ou *hard case*, pois aqui não se trata de um caso peculiar ou um caso sem precedentes. Na verdade, estar-se-á diante de um mesmo caso cujo precedente não será mais aplicado, ou seja, será substituído por outro (*overruled*), sendo que as principais causas de superação do precedente judicial são quatro:

- a) desponta contraditório;
- b) torna-se ultrapassado;
- c) é colhido pela obsolescência em virtude de mutações jurídicas; e
- d) encontra-se equivocado.²⁰

Logo, o *overruling* nada mais do que uma técnica através do qual um precedente perde sua força e é substituído por outro precedente, sendo que esta superação pode se dar de maneira expressa (*express overruling*) ou implícita (*implied overruling*).²¹

Na primeira hipótese o tribunal, expressamente, adota um novo posicionamento, deixando muito claro que não mais seguirá os precedentes anteriores. Já no segundo caso o tribunal não aponta claramente a superação do precedente, mas é possível vislumbrar esta superação através de um simples confronto com o posicionamento anterior.²²

No tocante aos efeitos desta superação, a doutrina aponta a existência do (1) *retrospective overruling*; (2) *prospective overruling* e; (3) *anticipatory overruling*.

No primeiro caso, a superação do precedente opera efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, atingindo, portanto, situações pretéritas. De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, quando a revogação opera efeitos *ex tunc*, não é possível que a anterior decisão, então substituída, seja invocada como paradigma em casos

20.MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

21.DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 7.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 127-128.

22.Sobre o tema CRUZ e TUCCI assevera que: “Com efeito, as cortes superiores podem então substituir – *overruled* – determinado precedente por ser considerado ultrapassado ou, ainda, errado (*per incuriam* ou *per ignorantia legis*). A decisão que acolhe nova orientação incumbe-se de revogar expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*). Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde todo o seu valor vinculante. É possível também, sem qualquer alusão ao posicionamento jurisprudencial assentado, a nova decisão siga diferente vetor. Tem-se aí, embora mais raramente, uma revogação implícita do precedente (*implied overruling*), similar à ab-rogação indireta de uma lei” (CRUZ e TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 108-109).

pretéritos que aguardam julgamento.²³

Já no tocante ao *prospective overruling*, o que ocorre é que o precedente superado permanece válido e vinculante para os fatos ocorridos sob a sua vigência, ou seja, o precedente substituído deve ser utilizado aos fatos ocorridos e processos instaurados antes de sua substituição.

José Rogério Cruz e Tucci ensina que o *prospective overruling*, instituído pela Suprema Corte Americana, ocorre quando o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua a ser emblemática, como precedente vinculante, aos fatos anteriormente ocorridos.²⁴

Oportuno salientar que a abrangência da revogação prospectiva é variável, pois há casos em que ele se aplica já ao caso presente, o que é denominado de prospectividade seletiva ou limitada (*prospectivity limited*); há outros nos quais a decisão revogadora não se aplica sequer ao caso presente, o que ficou conhecido como prospectividade pura ou ilimitada (*pure prospectivity*).²⁵ Há ainda a hipótese na qual o novo entendimento só valerá a partir de um determinado momento fixado pelo órgão julgador, o que ficou conhecido como revogação *prospective-prospective*.

Tem-se ainda o *anticipatory overruling* que, segundo José Rogério Cruz e Tucci, consiste em uma espécie de revogação preventiva do precedente pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*, pois já teria sido reconhecido pelos tribunais *ad quem*. Em outras palavras, o *anticipatory overruling* consiste em uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao *overruling*.²⁶

Fala-se ainda no overriding, que ocorre quando o tribunal limita o âmbito de incidência de um precedente em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Assim, no *overriding* não há superação total do precedente,

23. CRUZ e TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 109.

24. CRUZ e TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 109.

25. LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.215-216 ensina que a prospectividade pura “ocorre quando os julgadores retiram a eficácia retroativa da nova decisão, inclusive para não regular o próprio caso concreto.”

26. CRUZ e TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. p. 109.

mas somente parcial.²⁷

Por fim, tem-se ainda a técnica da sinalização, que ocorre quando se percebe que a superação do precedente é a única alternativa, razão pela qual a Corte sinaliza, no caso em julgamento, que o precedente ora utilizado não mais o será a partir de então. Observe que esta técnica consiste numa espécie de preparação da comunidade jurídica e da sociedade para revogar um precedente, preservar sua aplicação ao presente caso em respeito à confiança das partes, mas esclarecendo que no futuro não mais será utilizado, sendo que a partir de então se torna incabível a invocação do princípio da proteção à confiança (boa-fé objetiva).²⁸

3 O ÔNUS ARGUMENTATIVO

Antes de adentrarmos aos efeitos da superação de um precedente judicial, é importante consignar que a sua superação não consiste em uma tarefa simples, devendo, necessariamente, ser proferida com maior carga de fundamentação.

Em outras palavras, o abandono da *ratio decidendi* deve se dar de modo a explicar tanto os motivos de se adotar um novo entendimento, bem como os que levaram a superar o precedente, ou seja, a decisão deve ser proferida com um maior ônus argumentativo, devendo precisar os contornos da nova *rule of law*, assim como explicitar os motivos de não mais se aplicar aquele precedente.²⁹

Na doutrina do *common law* merece destaque a observação feita por Neil Duxbury, que em tradução livre assevera que a recusa de um juiz a seguir um precedente pode ser equiparada à recusa ao cumprimento de uma obrigação moral: até se admite o seu descumprimento, mas desde que sejam apresentadas

27. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 7.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p.406.

28. PORTES, Maria. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.194.

29. Sobre o tema, Cruz e Tucci ensina que: "(...) o abandono do precedente, sobretudo no ambiente de uma experiência jurídica denominada pelo *case law*, exige do órgão judicial uma carga de argumentação que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, ainda, a justificação complementar. Essa imposição natural é geralmente esclarecida pelo denominado princípio da inércia, segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida para o futuro (por se presumivelmente correta, pelo desejo e coerência e pela força do hábito). Não pode, pois, ser desprezada sem uma motivação satisfatória." (CRUZ e TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.p. 110).

razões suficientes.³⁰

Dessa forma, é fundamental que o Tribunal esclareça, por exemplo, que o precedente até então aplicado é equivocado pelos motivos ‘x’ e ‘y’, ou então que aquele precedente tornou-se obsoleto com a edição da Lei ‘x’ ou que não mais se justifica em face das novas condições sociais, como no caso, por exemplo, da instituição da Defensoria Pública que acaba por não justificar a atuação do Ministério Público quando da propositura da ação civil *ex delicto*.³¹

De todo modo, o que não se pode admitir é que o abandono do precedente se dê sem qualquer fundamentação, pois se presume como correta a orientação até então firmada e seguida pelos tribunais na aplicação do precedente, que atua, inclusive, como pauta de conduta para os cidadãos que confiam e se planejam com base no referido precedente. Logo, para deixar de aplicar um entendimento considerado correto é fundamental expor os motivos que levaram a sua superação, para, daí em diante, seguir a nova *rule of law*.

Atento com a questão do ônus argumentativo, o projeto do novo CPC dispõe que no caso de superação do precedente judicial a decisão observará uma fundamentação adequada e específica, justamente para atender aos princípios que norteiam a matéria, em especial o princípio da segurança jurídica, proteção à confiança e isonomia.³² Assim, a decisão deverá conter um capítulo específico

30. “If a judge says that the precedent should not be followed, it is expected that he will say why it should not be followed. Refusal to follow a precedent is thus analogous to refusal to comply a moral obligation, such as keeping a promise: the obligation is not absolute, but a justifiable refusal to comply must be supported by kinds of reason” (DUXBURY, Neil. *The nature an authority of precedent*, p.113).

31. “LEGITIMIDADE - AÇÃO “EX DELICTO” - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.” (RE 135328, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994, DJ 20-04-2001 PP-00137 EMENT VOL-02027-06 PP-01164 RTJ VOL-00177-02 PP-00879).

32. Na versão aprovada pela Câmara, o texto encontra-se assim redigido: “Art. 521 (...) §11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da proteção da confiança e da isonomia.” Já no Senado, conforme relatório final apresentado pelo Senador Vital do Rêgo, tem-se a seguinte redação: “Art. 925. (...) §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da 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.”

demonstrando os motivos pelo qual o referido precedente não será mais utilizado, as razões do abandono do precedente e os motivos da nova orientação, coadunando-se, pois, com a boa doutrina processual.

4 A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO: PRECEDENTES VINCULANTES E PERSUASIVOS

Analisando o nosso ordenamento jurídico, é possível concluir que existem dois tipos de precedentes: vinculantes e persuasivos.

Os precedentes vinculantes consistem nas decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, as hipóteses de súmula vinculante e os acórdãos proferidos em repercussão geral (art. 543-B) e o recurso especial repetitivo (art. 543-C).

Já os precedentes persuasivos consistem nas decisões proferidas pelos Tribunais que tenham potencial de solucionar casos futuros e que não possuem força vinculante, a exemplo das súmulas não vinculantes dos tribunais, da decisão que soluciona os embargos de divergência (art. 546 do CPC) e das decisões proferidas em sede de incidente de uniformização (arts. 476-479 do CPC) e incidente de uniformização preventivo (art. 555, §1º do CPC).

No presente texto, limitaremos nossa análise aos casos de superação dos enunciados sumulares, que, pelo visto, se dividem em enunciados vinculantes e não vinculantes (persuasivos).

Antes de tratarmos especificamente da superação dos enunciados sumulares, fundamental a compreensão do que consiste um precedente judicial e do que consiste o enunciado de súmula³³, já que são situações distintas, sendo esta última estranha ao *common law*.

Como é cediço, os enunciados sumulares refletem o entendimento jurisprudencial de determinada Corte, resumindo-se em um verbete que ganha vida própria, bastando pensar, por exemplo, nas Súmulas Vinculantes, criadas e pensadas para resolver casos futuros. Em suma, o que se está a dizer é que

33.As súmulas no direito brasileiro foram idealizadas pelo então Ministro do STF Victor Nunes Leal, que propôs a adoção de enunciados que representariam a jurisprudência consolidada do STF, sendo sua ideia aceita e incorporada ao RISTF, sendo que em 13/12/1963 surgiram os primeiros enunciados, no total de 370.

as súmulas consistem em uma regra geral e abstrata, sem qualquer referência a aspectos fáticos³⁴, sendo ainda pensadas para solução de casos futuros por meio de uma simples subsunção.

Diferente dos enunciados sumulares, o precedente judicial possui DNA, tanto que a sua invocação depende de uma análise fático-comparativa, ou seja, sua aplicação é feita através de uma ponderação material de referência casuística, cuja solução não está pré-determinada, mas que se vai construindo através da regra de ponderação. Assim, não há como se aplicar o precedente sem antes realizar esta comparação fática, pois ele não se resume em uma prescrição literal, aplicável através de uma simples regra de subsunção.

Justamente em face desta sua característica é que a tentativa de canonização dos precedentes no *common law* restou infrutífera, pois é da essência dos precedentes a análise global da fundamentação utilizada na solução do conflito de interesses, o que o torna inviável diante de uma simples prescrição literal.³⁵

4.1 A SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO VINCULANTE: REVISÃO E CANCELAMENTO

Com relação à súmula vinculante, a possibilidade de superação

34. Muito perspicaz a observação de Michele Taruffo, quando afirma: “Em especial, nem sempre se presta a devida atenção ao fato de que, em linha de princípio, o precedente se funda sobre a analogia que o segundo juiz vê entre os fatos do caso que ele deve decidir e os fatos do caso já decidido, porque somente esta condição é que se pode aplicar a regra pela qual a mesma ratio decidendi deve ser aplicada a casos idênticos ou ao mesmo similares (...) A jurisprudência por máximas tem pouco que fazer com o precedente, não somente porque as máximas podem ser – para usa uma feliz expressão de Rodolfo Sacco – mentirosas, mas sobre porque a máxima enuncia sinteticamente um regra geral e abstrata, em que geral sem qualquer referência ao caso concreto decidido. Esses inconvenientes se agravam, ao invés de se reduzirem, quando sobre cada questão particular se amontoam listas de máximas sem qualquer aprofundamento e sem fatos, com se a mera reiteração ajuntasse qualquer posterior justificação à regra que se pretende aplicar.” (TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 131).

35. Nesse sentido é a observação feita por Georges Abboud: “No sistema do ‘stare decisis’, muitas vezes não é pacífico o entendimento sobre qual seria o precedente, a regra jurídica a ser aplicada para casos análogos. Tentou-se atribuir redação legislativa aos precedentes, uma vez que nesse sistema não se leva em conta apenas os dispositivos da decisão, mas também toda a global fundamentação que a acompanha. Sobre essa questão faz-se necessário citarmos novamente Dworkin: ‘Como vimos há pouco, a interpretação das leis depende da disponibilidade de uma forma verbal canônica, por mais vaga ou imprecisa que seja, que possa colocar limites às decisões políticas que, como se atribui, tenham sido tomadas pela lei. Hércules descobrirá que muitas das opiniões que os litigantes citam como precedentes não contêm quaisquer proposições especiais que possam ser consideradas como uma forma canônica das regras estabelecida pelo caso. É verdade que, em fins do XIX e primórdios do século XX, fazia parte do estilo judicial inglês e norte-americano tentar compor esses enunciados canônicos de modo que, dali para a frente, fosse possível referir-se, por exemplo, à regra do caso *Rylands vs. Fletcher*. Mesmo nesse período, porém, os juristas e os livros de direito divergiam sobre que parte de decisões famosas deveriam ser consideradas como possuidoras dessa característica. Hoje, em todo caso, mesmo as opiniões importantes raramente tentam chegar a essa modalidade de redação legislativa. Citam razões, em forma de precedentes e princípios que justificam uma decisão, mas é a decisão, e não alguma nova regra jurídica enunciada que esses precedentes devem justificar.” (ABBOUD, Georges. *Súmula Vinculante versus precedentes*. **Revista de Processo** nº 165. São Paulo: RT, 2008, p.221 - 222).

encontra-se prevista no art. 103-A, §2º, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 11.417/2006.

De acordo com o referido diploma legal, são legitimados a propor a revisão ou cancelamento da súmula vinculante o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Defensor Público-Geral da União, assim como partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, incluindo ainda a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e 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.

Frisa-se que os Municípios também poderão requerer, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a revisão ou o cancelamento da súmula vinculante, hipótese em que o processo não será suspenso, assim como também não serão suspensos os processos nos quais se discute a mesma questão no caso de proposta de revisão ou cancelamento pelos demais legitimados.

Caso a proposta de revisão ou cancelamento não tenha partido do Procurador Geral da República, ele obrigatoriamente intervirá nos demais casos, oferecendo seu parecer.

Por seu turno, admite-se no procedimento de revisão ou cancelamento de enunciado vinculante a participação de terceiros (*amicus curiae*), cuja decisão do relator será irrecurável. Sem dúvida que a intervenção do *amicus curiae* enaltece o debate e permite a colheita dos diversos pontos de vista, permitindo a tomada de uma decisão consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Note-se que a lei menciona revisão ou cancelamento³⁶. No primeiro caso a súmula mantém-se vigente, mas com algumas correções e adaptações, enquanto no segundo a súmula é cancelada, expurgada do ordenamento jurídico,

36. Tiago Asfor Rocha Lima (LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.265-267) afirma que a revisão de súmula vinculante sugere “a ideia de continuidade existencial do ato-normativo judicial, porém, com outro texto, que pode ter sido total ou parcialmente modificado”. Já o cancelamento refere-se “aos casos em que a orientação nele encartada deixa de ser útil ao sistema, seja porque caiu no desuso social – não mais interessando qualquer regulamentação -, seja porque a norma por ele interpretada foi revogada pelo Legislativo.”

por motivos de desuso social, ou pelo fato de que a norma por ele interpretada foi revogada pelo Legislativo, hipótese em que o STF obrigatoriamente, de ofício ou por provocação, deverá proceder ao seu cancelamento, uma vez que o fundamento legal para a sua edição não mais subsiste.

Importante asseverar que o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, não se encontra submisso ao enunciado vinculante, podendo, pois, editar lei em sentido oposto ao da súmula vinculante. Isto porque inexiste no nosso ordenamento jurídico um Tribunal Superior apto a exercer o controle de constitucionalidade da súmula vinculante editada, o que abriria espaço para que o STF atuasse como Poder Constituinte Originário (legislador constitucional) e intérprete único e autêntico da Constituição Federal. Ademais, o Legislativo, pelo princípio da separação dos poderes, não é subalterno do Judiciário, podendo discordar dos entendimentos fixados pelo STF, o que contribui sobremaneira para que o ordenamento jurídico esteja em constante reflexão acerca das situações jurídicas que lhe são submetidas, impedindo a “fossilização” da Constituição.

Assim, deve-se permitir que o Legislativo aprove leis contrárias ao entendimento sumulado do STF com efeito vinculante, o que vai funcionar como uma espécie de legitimação ativa indireta para a revisão ou cancelamento da súmula vinculante, já que impõe ao Supremo Tribunal Federal o dever de rever a súmula vinculante editada, permitindo assim que a Constituição esteja sempre viva.

Por fim, cumpre ressaltar que a lei exige um quórum de 2/3 (dois terços) dos membros do STF para a revisão ou cancelamento da súmula vinculante, sendo que a decisão deverá ser publicada em sessão especial do Diário da Justiça e no Diário Oficial da União.

4.2 A SUPERACÃO DO ENUNCIADO NÃO VINCULANTE (PERSUASIVO)

No que tange aos enunciados sumulares persuasivos, que, como visto, são aqueles sem força vinculante e obrigatória, a sua superação não mostra maiores entraves, principalmente de ordem processual, uma vez que a superação de uma súmula passa, naturalmente, pelo julgamento de novos casos que chegam até os Tribunais, ou seja, a superação ocorre pelo próprio processo dinâmico de formação do precedente.

Ademais, os próprios Tribunais costumam tratar do tema nos seus Regimentos Internos, sendo que no caso do STF, a matéria encontra-se prevista no art. 103³⁷, enquanto no âmbito do STJ está disciplinada no art. 125.³⁸

5 O EFEITO PROSPECTIVO NO CASO DE SUPERAÇÃO DOS ENUNCIADOS VINCULANTES E PERSUASIVOS

Como foi dito, a doutrina dos precedentes aponta a existência de 03 técnicas sobre a superação total do precedente: (1) *retrospective overruling*; (2) *prospective overruling* e; (3) *anticipatory overruling*.

No caso de superação de um enunciado sumular, seja ele vinculante ou persuasivo, o entendimento que nos parece o mais correto é que a sua superação produza, **em regra**, efeitos *ex nunc*, ou seja, para o futuro, de modo a não alcançar o caso em julgamento e tampouco as situações que se consolidaram na sua vigência.

Em outras palavras, o que deve ocorrer é que o enunciado sumular superado deve permanecer válido e plenamente aplicável para os fatos ocorridos sob a sua vigência, ou seja, a súmula superada deve ser utilizada aos fatos ocorridos e processos instaurados antes de sua substituição. Assim, o novo posicionamento do tribunal editado em um novo enunciado só terá aplicação aos casos posteriores, isto é, ocorridos após o novo posicionamento da Corte.

Ressalte-se que no caso de superação de enunciado sumular, esta prospectividade deve ser pura ou ilimitada, ou então a Corte deve fixar este novo posicionamento para um momento futuro, de modo a não alcançar o caso em julgamento e muito menos situações consolidadas sob a sua vigência.

E quais seriam os fundamentos para se sustentar a prospectividade como regra nos casos de superação de enunciados sumulares?

37.“Art. 521 (...)§ 1º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: (...) II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;”

38.“Art. 125. Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno. § 1º Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário. § 2º Se algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência compendiada na súmula, em julgamento perante a Turma, esta, se acolher a proposta, remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial, ou da Seção, dispensada a lavratura do acórdão, juntando-se, entretanto, as notas taquigráficas e tomando-se o parecer do Ministério Público Federal. § 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. § 4º Ficarão vagos, com a nota correspondente, para efeito de eventual restabelecimento, os números dos enunciados que o Tribunal cancelar ou alterar, tomando os que forem modificados novos números da série.”

Atualmente, não se pode mais ignorar que o precedente judicial atua como pauta de conduta, mesmo em países como o nosso, de tradição civilista. E com os enunciados sumulares a questão é ainda mais forte, dada a sua característica, ainda mais quando esta decorre de um Tribunal Superior.

Assim, o precedente judicial, bem como os enunciados sumulares, criam uma pauta de conduta na qual o cidadão confia e organiza seus negócios, planejando-se de acordo com este posicionamento.

Dessa forma, uma mudança de posicionamento (superação de uma súmula) não pode quebrar esta confiança depositada pelo jurisdicionado. Daí porque o efeito prospectivo deve ser aplicado como regra, de modo a dar concretude ao princípio da proteção à confiança, permitindo a manutenção do *status quo*, evitando com que as pessoas sejam surpreendidas por modificações bruscas, até porque o cidadão tem o direito de que suas expectativas legitimamente criadas não venham a ser frustradas.

Outro argumento em favor da tese consiste na aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que, por sinal, muito se aproxima do princípio da proteção à confiança, mas que, diferentemente deste, atua mais como um *standard* jurídico, ou seja, como uma pauta de conduta a controlar a atividade estatal, impondo ao Poder Público o dever de não frustrar as expectativas que legitimamente criou nos seus administrados.³⁹

Logo, o princípio da boa-fé objetiva impede que o jurisdicionado seja surpreendido com uma mudança de enunciado sumular, pois se o Poder Judiciário se pautava neste entendimento, criando expectativas em seus jurisdicionados, não pode ele, de maneira inesperada, modificar esta mesma pauta de conduta de modo a atingir situações consolidadas, pois este seu ato configura um verdadeiro *venire contra factum proprium*.

Um terceiro argumento consiste na aplicação do princípio da

39. Sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva como argumento para atribuir efeito prospectivo no caso de mudança de entendimento, Nelson Nery Jr. ensina que: “Do ponto de vista prático, o dever de os poderes públicos – aqui incluído o Poder Judiciário, cujas decisões são objeto deste estudo – agirem com boa-fé significa que não devem impor aos administrados e jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações, fruto da modificação de seu entendimento a respeito de determinada situação ou relação jurídica. Assim, modificada a jurisprudência do tribunal, seus efeitos têm de ser para o futuro, ainda que a natureza da decisão judicial seja declaratória, como ocorre nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma.” (NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, p. 87).

irretroatividade das leis, que, por sua vez, decorre diretamente do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que a “*lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*”

Da mesma forma que a lei não pode retroagir para atingir situações consolidadas e prejudicar direitos garantidos aos cidadãos, um novo enunciado sumular também não pode, sendo que ao se falar em irretroatividade das leis deve-se, na verdade, compreender como sendo irretroatividade do direito, conforme expressão utilizada por Roque Antonio Carraza.⁴⁰

Portanto, o princípio da irretroatividade impõe que um novo enunciado sumular adotado pelos Tribunais tenha uma eficácia prospectiva, justamente com o intuito de resguardar as situações pretéritas e consolidadas sob a vigência daquele enunciado, que, como dito, não serão alcançados pela nova orientação.

Em suma, o efeito prospectivo no caso de superação de um enunciado sumular consiste em uma decorrência da aplicação dos princípios da proteção à confiança, da boa-fé objetiva e da irretroatividade, sendo que todos eles não impedem a evolução do direito e a modificação de entendimento, mas apenas que esta mudança não atinja situações consolidadas e programadas em conformidade com o entendimento até então considerado correto.

Além dos argumentos de ordem principiológica, também é possível extrair da legislação infraconstitucional fundamentos a justificar este efeito prospectivo, a exemplo do art. 27 da Lei nº 9.868/99⁴¹, do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99⁴², assim como o art. 146 do Código Tributário Nacional (CTN)⁴³.

Extrai-se destes dispositivos de lei que no direito positivo brasileiro

40. CARRAZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeitos *ex nunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, p. 46-47.

41. “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.”

42. “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) 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.”

43. “Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

vige a regra da irretroatividade da nova interpretação da norma jurídica, sendo uma decorrência natural dos princípios da segurança jurídica, da irretroatividade, da proteção à confiança e da boa-fé objetiva.

Em que pese tais dispositivos de leis se referirem a atividade administrativa, não pode o Poder Judiciário ficar alheio a esse mesmo contexto, até porque, como dissemos, trata-se de uma decorrência dos princípios da segurança jurídica, irretroatividade, proteção à confiança e boa-fé objetiva.

Assim, quando houver superveniência de um novo enunciado, os seus efeitos deverão ser, em regra, *ex nunc*, pois só assim é que será respeitado a Constituição Federal e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito, cujo princípio da segurança jurídica é um de seus componentes.

Um exemplo sobre esta eficácia prospectiva pode ser extraído de um excelente acórdão proferido pela 5ª Turma do STJ, que, no julgamento do HC 28.958/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, ciente do novo posicionamento do STF a respeito do termo inicial para interposição de recurso por parte do Ministério Público, que a partir do HC 83.255/SP passou a ser contado a partir da data da entrada do processo nas dependências da instituição, não permitiu a sua aplicação para os recursos já interpostos antes deste novo posicionamento.⁴⁴

Observe que neste caso o STJ não permitiu que o novo entendimento retroagisse para atingir os recursos já interpostos como base no entendimento até então sedimentado, pois se assim agisse quebraria a confiança depositada, além do que seria um obstáculo intransponível, pois o Ministério Público não teria como antever esta mudança de entendimento.

Portanto, a partir do momento em que o tribunal altera um

44. "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO AOS CASOS FUTUROS. 1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do Habeas Corpus n.º 83.255/SP (informativo n.º 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte. 2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o "ciente" lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial. 3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal. 4. Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenas com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público. 5. Ordem denegada." (HC 28.598/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 480).

enunciado sumular - vinculante ou persuasivo -, ou seja, muda sua postura sobre determinado tema, em respeito aos princípios e dispositivos acima citados, deve este mesmo tribunal, em regra, aplicar o referido enunciado em relação aos casos que concretizados sob a sua vigência, devendo-se aplicar o novo entendimento somente para os fatos posteriores a vigência da nova súmula.

6 O EFEITO RETROSPECTIVO NO CASO DE SUPERAÇÃO DE ENUNCIADOS VINCULANTES E PERSUASIVOS

Adotando-se como regra o efeito prospectivo para os casos de superação de enunciados sumulares vinculantes ou persuasivos, fica no ar a seguinte pergunta: e o efeito retroativo? Quando é que este será aplicado e em quais situações?

Historicamente, o efeito retroativo era a regra geral, ou seja, uma vez revogado ou superado uma súmula, não se permitia a sua invocação como paradigma para os casos pretéritos que aguardavam julgamento, que, por sinal, se submetiam ao novo posicionamento sumular.

Entretanto, em razão de seus efeitos nocivos, este passou a ser deixado de lado, sendo adotado, como regra geral, o efeito prospectivo, utilizando-se a retroatividade apenas em casos esporádicos, quando requerido pela natureza da situação.⁴⁵

Logo, torna-se imperioso analisar em quais situações que a nova súmula deve ser aplicada de maneira retroativa.

Para tanto, é preciso compreender a existência, em nosso ordenamento, dos chamados ambientes decisoriais, que, na definição de Teresa Arruda Alvim Wambier consiste na área do direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito deve ser resolvido, podendo ele ser cindindo em ambientes rígidos e ambientes frouxos.⁴⁶

O ambiente decisional rígido é aquele no qual vigora os princípios da estrita legalidade, anterioridade, entre outros, ou seja, trata-se de um ambiente

45. PORTES, Maria. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 207.

46. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 53.

em que não há muito espaço para as cláusulas gerais e conceitos indeterminados, tampouco para uma função evolutiva proporcionada pela jurisprudência.

Já no ambiente considerado frouxo, como por exemplo, o direito de família, percebe-se que a jurisprudência e os próprios enunciados sumulares exercem um papel mais evolutivo, uma vez que neste ambiente não vigora princípios como o da estrita legalidade ou da anterioridade, sendo comum a utilização, neste ambiente, de cláusulas gerais e conceitos indeterminados que necessariamente precisam ser aclarados pela jurisprudência, gerando previsibilidade e, por conseguinte, segurança jurídica.

Esta distinção entre ambientes rígidos e frouxos tem uma importância muito grande quando se trata de superação de um enunciado sumular, pois nos ambientes rígidos, tais como no direito penal e no direito tributário, o efeito retroativo deve incidir sempre se favorecer e proteger o cidadão e o seu direito fundamental de liberdade e propriedade.⁴⁷

Por sua vez, nos ambientes decisoriais frouxos, como, por exemplo, no campo do direito de família, não nos parece possível atribuir eficácia retroativa ao novo enunciado sumular, pois nestes casos nos quais não vigora os princípios da legalidade estrita e anterioridade, a súmula atua como uma pauta de conduta, preenchendo ainda os conceitos vagos e indeterminados utilizados pelo Legislador.

Logo, neste ambiente frouxo o papel da súmula é de destaque e como

47. Um exemplo clássico diz respeito à progressão de regimes para crimes hediondos. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma prevista no art. 2º, §1º, da Lei n.º 8.072/90 não feria a Constituição Federal. Ocorre que em 2006, o mesmo Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da norma, alegando, em suma, que a proibição geral de progressão de regime para os condenados por crimes hediondos feria o princípio da individualização da pena, dando uma nova visão a este princípio. Neste caso, teria cabimento que o precedente superado fosse aplicado para os casos pretéritos pendentes de julgamento, mantendo o regime integralmente fechado aos casos cometidos antes de 01.09.2006, ou, ao contrário, o novo entendimento retroagisse para alcançar todos os casos? Sob o enfoque dos princípios que regem este ambiente decisoriais (direito penal), com destaque para os da legalidade e anterioridade da lei penal, aliado ainda ao fato de que neste campo a Constituição Federal expressamente dispõe que a lei penal só retroagirá para beneficiar o acusado (CF/88, art. 5º, inciso XL), nos parece que o efeito retroativo (retrospective overruling) deve ser aplicado, até porque, a retroatividade deve ocorrer sempre que estiver em jogo um direito fundamental do cidadão, que, neste caso específico, diz respeito à sua liberdade. Por conseguinte, em face deste novo precedente judicial, que, inclusive, atingiu situações pretéritas, todos os condenados por crimes hediondos e equiparados passaram a ter direito a progressão de regime, sendo aplicando, ao caso, o critério existente na Lei de Execução Penal, ou seja, cumprimento de 1/6 (um sexto), pouco importando se o crime era ou não hediondo ou equiparado. Esta situação gerou uma reação por parte do Legislador, sendo então aprovada a Lei nº 11.464/2007, que estabeleceu para os condenados por crimes hediondos um critério temporal mais elevado para fins de progressão de regime, exigindo o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, e 3/5 (três quintos), se reincidentes. Com a edição desta nova lei e em obediência aos princípios que regem o direito penal, firmouse, com acerto, o entendimento de que os condenados por crimes hediondos e equiparados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 teriam direito a progressão de regime conforme art. 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, 1/6 (um sexto), sendo que se o crime foi cometido após a vigência do diploma, o critério é 2/5 (dois quintos), se primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente. A propósito, este entendimento resultou na edição do Enunciado 471 da Súmula do STJ, nos seguintes termos: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.

tal, observado e seguido pelos jurisdicionados, que atuam nos limites por ela criados, confiando na sua manutenção. Assim, uma vez superada, não há dúvidas de que sua eficácia deve ser prospectiva, devendo o novo parâmetro ser aplicado com efeitos *ex nunc*.

Mas não é só. Refletindo sobre o tema⁴⁸, surgiu-nos uma nova hipótese sobre a retrospectividade no caso de superação de um enunciado sumular, seja ele vinculante ou não.⁴⁹

Imagine que o STF ou o STJ, modificando seu posicionamento sobre determinada súmula, é instado a se manifestar sobre a modulação ou não de seu novo posicionamento. Julgando esta questão de ordem, os Ministros não acatam o pedido de modulação, razão pela qual surge a dúvida: poderia o juiz, no caso concreto a ele submetido, deixar de aplicar o novo posicionamento, aplicando assim o entendimento sumular já superado para os casos que ocorreram sob a sua vigência? E se o Tribunal não é provocado para se manifestar sobre a modulação, como fica a situação?

Antes de responder a esta indagação, urge esclarecer se o Tribunal, ao decidir sobre a modulação de um novo enunciado sumular, deverá se valer do quórum qualificado previsto no art. 27 da Lei 9.868/99.

Já vimos que a eficácia prospectiva no caso de superação de um precedente judicial ou de uma súmula decorre do princípio da segurança jurídica e de seus corolários, como o princípio da proteção à confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade do direito, além da existência de dispositivos de índole infraconstitucional que dão sustento à tese.

Logo, não nos parece correto dizer que no caso de superação de um precedente judicial ou de um enunciado sumular o fundamento seja o art. 27 da Lei nº 9.868/99. Este dispositivo, ao contrário, permite a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, e não no caso de superação de uma súmula ou de um precedente. Trata-se de um dispositivo específico e, por conseguinte, sua interpretação deve ser restrita às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade,

48. Esta reflexão ocorreu em face de um debate com o Dr. Radson Rangel F. Duarte, juiz trabalhista, sobre o efeito do novo posicionamento do STF a respeito da motivação do ato de dispensa de empregado público contratado ou concursado de empresa pública ou sociedade de economia mista, conforme já citado na parte introdutória deste artigo.

49. Importante consignar que não estamos trabalhando com as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade, que, como é cediço, possui um regramento específico. Nosso foco consiste nos casos de superação de enunciados sumulares, ou seja, situações fora do controle de constitucionalidade.

não podendo ser utilizada como fundamento para a concessão de efeito prospectivo no caso de superação de precedente ou de súmula, cujo fundamento é diverso.⁵⁰

Dessa forma, no caso de superação de súmula ou de precedente, não nos parece correto à aplicação do quórum presente no artigo 27 da Lei 9.868/99, pois este, como foi dito, só se aplica aos casos de declaração de inconstitucionalidade e, como tal, apresenta razões para que seja diferenciado, que, de acordo com a doutrina, ocorre por dois motivos: em primeiro lugar, a modulação dos efeitos temporais implica em um congelamento parcial da eficácia da norma constitucional violada, que deixa de produzir um de seus efeitos normais por algum tempo, a saber: a nulidade do ato que a ofendeu; em segundo lugar, a decisão que preserva efeitos de lei ou ato normativo declarado inconstitucional o faz, não apenas com fundamento na segurança jurídica, mas também tendo em vista razões de excepcional interesse social, o que implica em decisões de cunho de política judiciária, compreensível em uma Corte Constitucional.⁵¹

Portanto, não há que se falar em aplicação do quórum de 2/3 previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/99 para os casos de superação de enunciado sumular, bem como mudanças de jurisprudência, pois tal dispositivo tem aplicação restrita às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade. Assim, a decisão de atribuição do efeito prospectivo depende de uma decisão proferida por maioria simples dos membros do tribunal.

Voltando a questão central, tem-se que se o tribunal não se manifestou sobre a modulação, deve ser adotada a solução proposta neste artigo, ou seja, deve-se atribuir o efeito prospectivo como regra, salvo situações excepcionais de tutela de direitos fundamentais, como no caso envolvendo direito penal e tributário, que são considerados ambientes rígidos.

Agora se o tribunal acatou a decisão de modulação, não há dúvidas de que esta decisão deve ser acatada e respeitada pelos demais julgadores. Logo, se o tribunal, provocado, acolhe a tese da modulação, esta deve ser a orientação

50. Oportuno salientar que esta discussão está pendente de julgamento no STF, por ocasião dos embargos de declaração interpostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nos recursos extraordinários 377.457/PR e 381.964/MG. De todo o modo, o STF, por ocasião do RE 370.682/PR, já deu a entender que o art. 27 da Lei nº 9868/99 não se aplica aos casos de mudança de jurisprudência, justamente porque o seu fundamento é outro, com destaque para os votos proferidos pelo Min. Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence.

51. BARROSO, Luis Roberto. Mudança de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf.

seguida pelos demais julgadores, de modo que o enunciado superado continuará a produzir efeitos nos termos do que foi decidido pelo tribunal.

Do mesmo modo deve ocorrer quando o tribunal, apesar de provocado, não acolhe a modulação, sendo que neste caso a conclusão a que se chega é de que o efeito da mudança irá produzir efeitos retroativos, atingindo situações consolidadas.

Portanto, a orientação do tribunal deve ser seguida, a não ser que, no caso concreto, ocorra uma situação de manifesta inconstitucionalidade, quando então o julgador poderá reconhecer a inconstitucionalidade e, se o caso, aplicar o antigo enunciado sumular.

7 A MODULAÇÃO NO CASO DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO PROJETO DO NOVO CPC

A importância do princípio da segurança jurídica e o papel dos precedentes judiciais ganhou destaque no projeto do novo Código de Processo Civil. A Comissão que elaborou o anteprojeto demonstrou preocupação com a questão da estabilidade, previsibilidade e respeito à jurisprudência consolidada, conforme se verifica por uma simples leitura da exposição de motivos.⁵²

Após amplo debate, a anteprojeto passou por algumas alterações, sendo que na versão aprovada pela Câmara dos Deputados existe um capítulo próprio

52. "O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando "segura" a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de "surpresas", podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário. Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma".

sobre os precedentes judiciais, conforme os arts. 520 – 522.⁵³

Já no relatório final apresentado pelo Senador Vital do Rêgo, a matéria

53.”Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. §2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I- os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II- os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III- os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; IV- não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional. §1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, §1º, na formação e aplicação do precedente. §2º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. §3º. O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. §4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo, os fundamentos: I- prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II- não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão. §5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. §6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I- por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II- por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III □ incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do *caput*. §7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. §8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. §10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos. §11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Art. 522. 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. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

encontra-se regulada nos arts.924-926⁵⁴

Sobre estes dispositivos, crucial algumas considerações sobre os §§8º e 10 do art. 521 do projeto aprovado na Câmara dos Deputados, que corresponde aos §§2º e 3º do art. 925 do relatório final apresentado pelo Senador Vital do Rêgo, que tratam especificamente da questão da modulação dos efeitos temporais no caso de superação do precedente judicial.

No que tange ao §8º do art. 521 (versão da Câmara dos Deputados), correspondente ao §2º do art. 925 (relatório final do Senado), verifica-se a possibilidade de participação do *amicus curiae* no procedimento de superação/revisão de precedente judicial, o que, sobremaneira, legitima a alteração de um entendimento com o amplo debate da questão por intermédio de audiências públicas.

Neste ponto o projeto merece os aplausos, sendo que a participação do *amicus curiae* tem sido uma medida recorrente nas últimas reformas processuais, vindo de encontro ao pensamento de Peter Häberle, segundo o qual o verdadeiro intérprete da Constituição é o povo.⁵⁵

Por sua vez, o §10 do art. 521 (versão da Câmara), correspondente ao §3º do art. 925 (relatório final do Senado), permite a modulação dos efeitos da decisão que supera um precedente judicial, sumulado ou não, sendo que para tanto o projeto exige uma necessária e adequada fundamentação. Assim, é possível afirmar que o projeto do novo CPC permite tanto a prospectividade seletiva ou

54.“Art. 924. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 925. 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; § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 486, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 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. § 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. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da 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. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. Art. 926. 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. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

55.HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

limitada (*prospectivity limited*), bem como a prospectividade pura ou ilimitada (*pure prospectivity*) e ainda a revogação *prospective-prospective*, conforme acentuamos linhas atrás.

Em suma, o que se percebe é que o projeto do novo CPC tem uma preocupação muito clara com o papel dos precedentes e dos enunciados sumulares, e, como tal, havendo modificação, permite-se a sua modulação, o que se coaduna com os princípios da segurança jurídica, proteção à confiança, irretroatividade do direito e, por razões óbvias, com um Estado Democrático de Direito.

8 CONCLUSÃO

Como se demonstrou, a constante mudança de posicionamento dos nossos tribunais causa uma grande insegurança jurídica, uma vez que esta jurisprudência cambaleante demonstra que não há, em *terrae brasilis*, conforme expressão utilizada por Lenio Streck, uma cultura de respeito aos precedentes judiciais, o que acaba por comprometer a credibilidade do Poder Judiciário, que acaba se tornando um sistema de “loteria”.

No caso das súmulas, vinculantes ou não, a situação é ainda mais complicada, uma vez que estas refletem o posicionamento sedimentado do tribunal, daí porque qualquer modificação acaba por quebrar a confiança depositada pelo jurisdicionado, que se planeja em conformidade com o referido posicionamento.

Assim, a partir do momento em que o tribunal altera um enunciado sumular - vinculante ou persuasivo -, ou seja, muda sua postura sobre determinado tema, em respeito aos princípios da proteção à confiança, da boa-fé objetiva e da irretroatividade do direito, deve este mesmo tribunal, em regra, aplicar o referido enunciado em relação aos casos concretizados sob a sua vigência, devendo-se aplicar o novo entendimento somente para os fatos posteriores a vigência da nova súmula. Em outras palavras, deve-se aplicar o efeito prospectivo.

Todavia, esta regra geral deve ser excepcionada quando se tratar de modificação de súmula que favoreça direitos fundamentais, tal como ocorre no direito penal e no direito tributário, que são ambientes decisoriais rígidos, regidos por princípios como o da legalidade e da anterioridade e relacionados diretamente com a liberdade e a propriedade.

Também haverá o efeito retroativo quando o tribunal, instado a se manifestar sobre a modulação, a rejeita. Neste caso, a princípio, haverá o efeito retroativo, uma vez que o órgão jurisdicional competente para a modulação não a acolheu. Todavia, nada obsta que o juiz, diante de uma manifesta inconstitucionalidade no caso concreto, opte por aplicar o antigo enunciado sumular, devendo, por óbvio, expor os motivos deste seu posicionamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013.

_____. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Súmula Vinculante versus precedentes. **Revista de Processo** nº 165. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Jurisdição constitucional e direito fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

_____. Modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade no direito tributário e a vedação de enriquecimento ilícito pelo Estado. **Revista de Direito Privado**. v.51, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Mudança de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo:

RT, ano 90, v. 786, p.108-128, abr. 2001.

CAPELOTTI, João Paulo. A necessidade de precedentes diante da técnica legislativa de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes**. 2.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. **Revista de Processo** nº 199, São Paulo: RT, set. 2011.

CHIASSONI, Pierluigi. Il fasci discreto della common law. Appunti sulla 'rilevanza' dei precedente giudiziari. In: BRESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele (Orgs.) **I Metodi della Giustizia Civile**. Milani: CEDAM, 2000.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

COUTO e SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr./mai/jun., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 11 jan. 2013.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4th. Ed. Oxford: Claredon Press, 2004.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

DANTAS, Bruno. Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. In: **Justiça e Cidadania** n.149. jan/2013, Rio de Janeiro: JC, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1, 14.ed.rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual**

Civil. v.2. 7.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedente**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNÁNDEZ, José Luis Palma. **La seguridad jurídica ante la abundancia de normas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. Manole: São Paulo, 2008.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais** n° 782, São Paulo: RT, dezembro, 2000.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

HEY, Johanna. **Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem**. Köln, Otto Schmidt, 2002.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

_____. (Org.) **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Os precedentes na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz

Guilherme. **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista de informação legislativa nº190**. Abr/ jun.2011.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur (org.) **Interpreting Precedents**. England: Ashgate, 1997, n. 4.

MEDINA, José Miguel Garcia et. al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. In: **Revista de Direito e do Estado**. n. 6, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 27.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

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

_____. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

_____. **O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos Normativos**: Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. Disponível: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198654/1/000849755.pdf>

NEVES, Antonio Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Coimbra: Coimbra, 1994.

NETO, Orlando Faccini. **Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). **A força dos precedentes**. 2.ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

PORTES, Maria. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre o common law e civil law: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo** nº 199, set, São Paulo: RT, 2011.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje se corre a criatividade jurisprudencial. **RePro** 181/43, São Paulo, mar. 2010.

_____. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

SEGADO, Francisco Fernández. Los overrulings jurisprudenciales del tribunal constitucional español. In: **Estudios sobre la constitución española: homenaje al profesor Jordi Solé Turá**. v.I Salamanca: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2009.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso.** 4.ed.São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica (em) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Súmulas Vinculantes em terrae brasilis:** necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, v. 17, n. 78, p. 284-319, mai./jun.2009).

_____. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso:** mutação constitucional e os limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>. Acesso em 15 jun.2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **REpro 199.** São Paulo: RT, set., 2011.

_____. TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória.** 2.ed. reform. e atual. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial.** São Paulo: RT, 2012

_____. (Coord.). **Direito Jurisprudencial.** São Paulo: RT, 2012.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo** nº 172. São Paulo: RT, jun.2008.

_____. ; NERY JR., Nelson; FUX, Luiz (coord.). **Processo e Constituição.** São Paulo: RT, 2006.