



CONSIDERAÇÕES SOBRE O “PROSPECTIVE OVERRULING” NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CONSIDERATIONS ON “PROSPECTIVE OVERRULING” IN CIVIL PROCEDURAL LAW

CONSIDERACIONES SOBRE LA "REVOCACIÓN PROSPECTIVA" EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL



10.56238/2ndCongressSevenMultidisciplinaryStudies-031

Marina de Jesus Lameira Carrico Nimer

Mestranda em Direito

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

E-mail: marina@lcnimer.com.br

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9116-7301>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9218088939135352>

Beatriz Lameira Carrico Nimer

Doutora em Direito

Instituição: Universidade de São Paulo (USP)

E-mail: beatriznimer@alumni.usp.br

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8889-2335>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3227382860887660>

Olavo de Oliveira Neto

Pós-doutor

Instituição: Università degli Studi di Milano, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

E-mail: olavodeoliveiraneto01@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4421-1219>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1787839156157448>

RESUMO

O papel da jurisprudência na formação e na conformação do Direito varia de acordo com o sistema jurídico em que se esteja inserido. Nos países de tradição common law, os juízes constroem o Direito, de modo que a vinculação aos seus precedentes é imperativo de segurança jurídica. Porém, nos países de tradição romanística, com Direito legislado, a ideia de segurança jurídica e estabilidade deriva da lei positivada. Mas mesmo nesse sistema não se pode negar relevância ao papel da jurisprudência, mormente no que tange aos precedentes consolidados, dada a necessidade de busca da uniformização da interpretação legal. Emerge, pois, como questão de relevo, o papel da modulação de efeitos nos casos de superação de entendimentos consolidados, em especial quanto às garantias de segurança e confiança que os cidadãos depositam sobre o Poder Judiciário. Para tanto, os efeitos prospectivos do overruling parecem ser uma das formas de se dar concretude a tal escopo.

Palavras-chave: Jurisprudência. Precedentes. Segurança Jurídica. Overruling. Modulação de Efeitos.



ABSTRACT

The role of case law in the formation and development of Law varies according to the legal system in which it operates. In countries of the common law tradition, judges create the Law, and adherence to their precedents is an imperative of legal certainty. However, in countries of the Roman law tradition, characterized by statutory law, the idea of legal certainty and stability derives from enacted legislation. Even within this system, the relevance of case law cannot be denied, especially with regard to consolidated precedents, given the need to ensure uniformity in the interpretation of the law. Thus, the role of the modulation of effects in cases involving the overruling of established understandings emerges as a matter of significance, particularly concerning the guarantees of legal certainty and legitimate expectations that citizens place in the Judiciary. In this context, the prospective effects of overruling appear to be one of the means of giving practical effect to such an objective.

Keywords: Case Law. Precedents. Legal Certainty. Overruling. Modulation of Effects.

RESUMEN

El papel de la jurisprudencia en la formación y configuración del derecho varía según el sistema jurídico en el que se inserta. En países con tradición de common law, los jueces construyen el derecho, por lo que la adhesión a sus precedentes es imperativa para la seguridad jurídica. Sin embargo, en países con tradición de derecho romano, con derecho codificado, la idea de seguridad jurídica y estabilidad se deriva de este. Pero incluso en este sistema, la relevancia de la jurisprudencia es innegable, especialmente en lo que respecta a los precedentes consolidados, dada la necesidad de buscar la uniformidad en la interpretación jurídica. Por lo tanto, la modulación de los efectos de la anulación surge como una cuestión crucial en los casos en que se anulan los entendimientos consolidados, en particular en lo que respecta a las garantías de seguridad y confianza que los ciudadanos depositan en el Poder Judicial. En este sentido, los efectos prospectivos de la anulación parecen ser una forma de concretar este objetivo.

Palabras clave: Jurisprudencia. Precedentes. Seguridad Jurídica. Anulación. Modulación de Efectos.



1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a análise da modulação temporal das decisões dos tribunais que superam entendimentos jurisprudenciais anteriormente vigentes. Busca-se o estudo do tema à luz dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima no Poder Judiciário, em meio ao sistema vigente na atual disciplina processual civil brasileira.

O denominado *overruling* consiste na revogação de um precedente judicial por outro, procedendo-se à superação do entendimento jurisprudencial acerca de determinado tema. A expressão surgiu nos sistemas jurídicos de tradição *common law*, mas interessa também aos países onde vige o *civil law*, como o Brasil, onde o entendimento dos Tribunais – em especial o pacificado – permite a uniformização e constância da interpretação em uma sistemática que não inova a lei, mas lhe dá um sentido geral de orientação.

Civil law e *common law*, porém, não são incomunicáveis. À tradição brasileira de bases romanísticas, o Código de Processo Civil de 2015 positivou a orientação de uniformização da jurisprudência dos tribunais, a fim de que se mantenha estável, íntegra e coerente (CPC/15, art. 926, *caput*) – algo que o sistema *common law* preconiza e, mais do que isso, impõe.

Ocorre que é comum aos órgãos colegiados a mudança – não raro, de forma abrupta – de entendimentos até então prevalentes. Porém, considerando que as decisões dos tribunais superiores possuem caráter paradigmático e orientador da interpretação legal em âmbito nacional, a eventual aplicabilidade imediata do novo entendimento que supere a jurisprudência prévia poderia soar temerária a quem tenha pautado suas ações pela orientação jurisprudencial até então vigente. Por isso, torna-se relevante o tema da modulação da eficácia temporal das decisões que alterem entendimentos anteriormente consolidados (se *ex tunc* ou *ex nunc*).

O atual Código de Processo Civil de 2015, inovando em relação à disciplina normativa que anteriormente vigia, passou a prever de maneira expressa, em seu art. 927, §3º, o seguinte: “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.”

Sobreleva a relevância do chamado *prospective overruling*, ou seja, dos efeitos prospectivos de superação de entendimentos jurisprudenciais por razões de segurança jurídica e de confiança legítima dos jurisdicionados frente ao Poder Judiciário. Tais princípios direcionadores são mais uma inovação normativa introduzida com a reforma processual civil de 2015, conforme dicção do §4º, do art. 927, do atual *Codex*, que é expresso ao dispor que para que as cortes modifiquem enunciados de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de recursos repetitivos, deverão observar o dever de fundamentação adequada e específica e considerar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.



Tomando como base tal linha de estudo, a estrutura do presente artigo parte das definições de hermenêutica e interpretação jurídica, com a análise da forma como se opera a atividade do intérprete, ou seja, se este subsume as normas aos fatos de maneira mecânica, ou se exerce contornos criativos em sua exegese. No segundo capítulo, analisa-se o papel da jurisprudência nos sistemas de tradição *common law* e nos de *civil law*, com especial destaque para o modelo brasileiro. No terceiro capítulo, estuda-se a revisão e superação de precedentes à luz dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, com derradeira observância ao fenômeno do *prospective overruling* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A metodologia utilizada é puramente afeta à Ciência do Direito, com análise doutrinária e jurisprudencial acerca dos limites do tema proposto, além de estudo comparado entre os sistemas *common law* e *civil law*. Não se pretende esgotar o tema em estudo, dada sua complexidade e amplitude, de modo que se propõe, aqui, trazer luzes e direcionamento acerca das premissas e conceitos gerais que permeiam a matéria.

2 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: SUBSUNÇÃO MECÂNICA OU ATIVIDADE CRIATIVA?

A atividade interpretativa é, por excelência, a forma como o Poder Judiciário exerce sua função, aplicando a lei aos casos concretos com força de definitividade.

Dotadas de generalidade e abstração, as normas jurídicas – gênero no qual se enquadram as regras e os princípios – ganham concretude ao se subsumirem aos fatos que ocorrem no mundo fenomênico. E quem descobre e fixa o sentido e o alcance das normas é o intérprete, a quem incumbe estabelecer a relação entre o preceito jurídico e o fato social.

As técnicas interpretativas – as quais se orientam por regras e princípios próprios da teoria científica – formam a hermenêutica jurídica. Portanto, citando Carlos Maximiliano, a “Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.¹ Enquanto a hermenêutica tem por objeto, exclusivamente, a lei,² a interpretação recai sobre dois objetos: o Direito e o fato. Aquela é, pois, a teoria que embasa a atividade desta.

A intérprete opera por meio de atividade trifásica: (a) análise do *quaestio juris* em seu sentido estrito, ou seja, da essência da norma, com a identificação de seu conteúdo e de seu alcance; (b) exame do *quaestio facti*, a saber, o concreto e suas circunstâncias; (c) adaptação da norma à hipótese concreta.³

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

² Aqui nos referimos à “lei” em sentido amplo, abrangendo não apenas a lei formal (editada pelo legislador após o devido processo legislativo, gerando lei ordinária, complementar ou delegada), como também todas as normas que compõem o ordenamento jurídico (pirâmide de Kelsen em sentido lato), como decorrência do princípio da juridicidade.

³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação...* op. cit., p. 6.



Adaptar a norma ao fato, por seu turno, pressupõe quatro etapas: (a) a primeira é crítica, ^{que} exige a apuração da autenticidade e da constitucionalidade da norma; (b) a segunda é a interpretativa propriamente dita, a fim de se identificar o sentido e o alcance do texto normativo; (c) a terceira é a que viabiliza o suprimento de lacunas com o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (LINDB, art. 4º); (d) a quarta, por fim, é a de constatação da vigência da norma no tempo e no espaço.⁴

Vê-se, pois, que em todas as hipóteses de aplicação da lei há a necessidade de interpretação, não se restringindo, esta, aos casos em que o texto normativo é impreciso ou duvidoso. Interpretar não significa apenas declarar algo, traduzindo-se em atividade constitutiva de uma solução concreta para os inúmeros casos que demandam solução jurídica. Daí porque a interpretação gera uma verdadeira “norma decisão”, a qual se expressa no pronunciamento judicial, seja ele sentença, acórdão ou decisão interlocutória.⁵

Assim sendo, o antigo brocardo *in claris cessat interpretatio* é consentâneo com a hermenêutica contemporânea?⁶ Parece-nos evidente que não. Mesmo as leis claras exigem interpretação para a garantia de que se mantenham válidas e perenes mesmo com o passar do tempo, e para que bem possam ser aplicadas aos mais diversos fatos do mundo fenomênico com os quais tenham correlação.⁷

Na atividade jurisdicional, o juiz deve realizar o processo decisório embasado no momento histórico em que está introduzindo, levando em consideração o sistema jurídico como um todo, e não apenas determinado texto normativo. Trata-se da clássica ideia de que não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços, mas sempre por meio de um caminho que parte do enunciado que deve ser subsumido à hipótese concreta, até se chegar à Constituição.⁸

Mas, então, a atividade do julgador é mecânica – ou seja, obedece a critérios objetivamente aferíveis –, ou envolve criação do Direito? Em verdade, nem sempre o texto normativo será determinado e claramente visível diante de toda e qualquer hipótese fenomênica. Nem mesmo é possível ao legislador prever e atribuir consequências jurídicas, de antemão, a tudo o que poderá ocorrer no mundo dos fatos.

Há casos em que a lei estabelece uma moldura dentro da qual se insere um espectro de possibilidades de aplicações concretas, cabendo ao intérprete exercer competência discricionária, com base em critérios de conveniência e oportunidade, a exemplo do que ocorre nas gradações de penas,

⁴ Idem, p. 7.

⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 11.

⁶ Diferentemente do que muitos pensam, tal adágio em latim não deriva do Direito Romano, mas sim do Medievo, remontando à época em que os glosadores deveriam imprimir clareza ao direito. Quanto ao tema, cf. SILVEIRA, Alípio. O “*in claris cessat interpretatio*” e seu declínio. In *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1968, p. 41.

⁷ CARREIRO, C. H. Porto. A prática do direito. In: *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 224.

⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso...* op. cit., p. 42-44.



ou valoração de danos, dentro das balizas legais. É o que pode se chamar de indeterminação intencional da lei.

Por outro lado, há indeterminação não intencional quando o texto normativo contempla uma pluralidade de significados das palavras que o compõem, ou quando há diferença entre a vontade do legislador e o conteúdo nela expresso, ou, ainda, quando existe aparente contradição entre duas ou mais normas que simultaneamente disciplinem determinada matéria.⁹ Nesses casos, o intérprete tem a incumbência de, aplicando a lei ao caso concreto, produzir uma norma individual que possa preencher a moldura da norma legal. Essa atividade possui alto grau de vinculação, não apenas à Constituição, mas a todas as leis e atos normativos infraconstitucionais. Enquanto, diante de um campo de indeterminação constitucional, o Poder Legislativo possui maior gama de atividades criativas, o mesmo não se pode dizer do Judiciário, cuja atividade criativa se limita à produção da norma individual de decisão, a saber, o comando que se aplica ao caso concreto por meio do processo.

Positivistas exacerbados há que consideram haver apenas atividade jurisdicional puramente vinculada à lei.¹⁰ Porém, mesmo Hans Kelsen entende que a aplicação da norma ao caso concreto não pode fugir de exercício discricionário do julgador. Em suas palavras:

A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula (...) o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; (...). Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) do ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, para maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, sequer podia prever.¹¹

A função jurisdicional, por certo, contribui para a evolução do Direito, visto que sempre há um potencial criativo que lhe é inerente. Cada vez que ocorre nova aplicação da lei, há atividade criativa do julgador. Inexiste mecanicidade pura. Não fosse assim, o juiz poderia facilmente ser substituído por um robô. Daí a relevância da jurisprudência para a produção do Direito.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 364-365.

¹⁰ “Stassinopoulos nega possa haver discricionariedade na função jurisdicional; nesta existe apenas trabalho de interpretação, ou seja, de busca da única solução possível perante o direito. Para ele, muitas soluções possíveis ou uma livre escolha entre elas são dois elementos incompatíveis com a noção rígida de coisa julgada; a solução a que o juiz chega é única: é a mesma que o legislador teria adotado” (In: DI PIETRO, Maria Sulvia Zanella. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte: Fórum, 17:75-96, abr./jun. 2007, p. 73).

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito...* op. cit., p. 364.



3 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

A tradição civilística de Direito (*civil law*) remonta a 450 a.C., com a “Lei das Doze Tábuas”, que consistiu em um incipiente sistema escrito de solução de conflitos na Antiguidade Romana. Foi sucedida, na época do Imperador Justiniano de Constantinopla, pelo *Corpus Juris Civile*, com a codificação do Direito Romano. No Medievo, essa legislação caiu em desuso, mas voltou a ser estudada no Renascimento europeu, com sistematização gradativa do Direito Privado, do Direito Público, do Direito Processual e do Direito Penal. Isso fez com que o sistema *civil law* se espalhasse pela Europa e pelas colônias da América do Sul, África, Oriente Médio e Ásia.¹²

A tradição do sistema *common law*, por sua vez, remonta à conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066 d.C., quando o rei William, “o Conquistador”, delegou a um corpo de juízes leais a jurisdição e a competência para a solução de conflitos locais por meio da produção de mandamentos com caráter normativo. A intenção era de fixação da lei normanda no país estrangeiro por meio da imposição das decisões dos juízes nomeados pelos conquistadores. O afã de acalmar os ânimos da população local, fazendo-a se sentir acolhida, incorporou-se a tradição do júri, com decisões tomadas pelos jurados que representavam os interesses da localidade – jurados estes que, no mais das vezes, eram pessoas iletradas e simples, que não conseguiam tomar decisões escritas. Por isso, os procedimentos passaram a ser orais, e oral também se tornou a criação jurisprudencial. Daí porque se costuma dizer que o sistema *common law* foi um “acidente histórico”. Com a ausência da escrita ou de legislação positivada, a tradição do direito comum acabou por se fazer presente em diversas nações, atingindo colônias inglesas, dentre as quais Estados Unidos da América do Norte, Austrália, Canadá, África do Sul, Nova Zelândia, Índia, Zimbábue, Gana, Zâmbia, Botsuana, Nigéria, Somália, Tanzânia, Gâmbia, Serra Leoa, Malawi e muitas ilhas caribenhas.¹³

Ainda no âmbito da diferença entre os sistemas, as fontes do direito, no *civil law*, decorrem da legislação formal positivada, emanada do Poder Legislativo, tendo como topo hierárquico a Constituição Federal. E ponto polêmico diz respeito à posição jurídica dos costumes em tal sistema.

No âmbito brasileiro, a LINDB¹⁴ prevê expressamente, em seu art. 4º, o seguinte: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Mas tais costumes apenas se adequam à nossa tradição de origens romanísticas, em que há o império da lei, se forem considerados elementos propriamente jurídicos que visem colmatar lacunas legais,¹⁵ não podendo ser confundidos com meras práticas ou usos coletivos de natureza moral, social ou religiosa.

¹² MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1985, p. 2-10.

¹³ GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 223-9.

¹⁴ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-lei 4.657/1942.

¹⁵ De acordo com o entendimento de André Franco Montoro, os costumes são “a longa, inveterada, diuturna, consuetudo dos romanos, relativa a determinada situação de fato e observada com a convicção de corresponder a uma necessidade



E questão ainda mais polêmica se refere ao uso da jurisprudência enquanto fonte do Direito nos sistemas de tradição *civil law*, podendo ser considerada “costume jurisprudencial”. No sistema *common law*, o Direito é construído ao longo do tempo a partir de casos concretos, com a invocação de princípios gerais para a solução das demandas. Os juízes são produtores da norma jurídica com força de *precedentes* em meio ao sistema denominado *stare decisis*, com o escopo de garantir certeza, equidade e consistência ao Direito construído. Daí a relevância da jurisprudência no *common law*.¹⁶

Desde a origem de tal sistema na Inglaterra, quando William, “o Conquistador”, nomeou juízes de sua confiança para dirimir os conflitos na Normandia, tais julgadores eram vistos como cidadãos de alta respeitabilidade e relevo na sociedade. Até hoje, os magistrados anglo-saxões são escolhidos dentre os melhores advogados do país para assumir a honrosa e prestigiada função judicante.¹⁷

Direito Continental de tradição romanística (*civil law*), porém, em especial a partir da Revolução Francesa, os juízes passaram a ser vistos como partidários do Antigo Regime, o que lhes dava contornos de desconfiança social. Daí porque, no contexto pós-revolucionário, buscou-se limitá-los o poder, a fim de que se restringissem a aplicar a lei codificada pelos representantes do povo no Parlamento.¹⁸

Isso não quer dizer que a jurisprudência não possua relevância no direito codificado. O princípio da legalidade é base estruturante do sistema *civil law*, mas o entendimento jurisprudencial, mormente o pacificado, possibilita a padronização e a constância das interpretações judiciais, as quais não inovam a lei, mas lhe orientam o sentido.

E isso não se altera quando falamos em súmulas vinculantes e uniformização da jurisprudência dos Tribunais,¹⁹ visto que, na tradição *civil law*, a lei antecede a decisão judicial, e esta apenas se embasa à aplicação da norma aos casos concretos, por meio de exercício interpretativo do julgador. Ou seja: “lei e jurisprudência têm natureza diversa, prendendo-se a diferentes instituições, e se reportando a distintos eventos cronológicos”.²⁰

Em suma, pode-se verificar que, enquanto no *common law* a jurisprudência faz parte da formação histórica do direito, no *civil law* seu papel é de conformação do direito posto, ou seja, orientação interpretativa sobre o sentido e o alcance das normas jurídicas positivadas pelo legislador.

jurídica” (MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 405).

¹⁶ O’CONNOR, Vivienne. *Common law and civil law traditions*. INPROL - International Network to Promote the Rule of Law, mar./2012, p. 13-4.

¹⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 244.

¹⁸ Idem, p. 244-5.

¹⁹ Cf. CPC-15, “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. §1º. Na forma estabelecida 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.”

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 79.



3.1 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA E DOS PRECEDENTES NO BRASIL

Precedentes judiciais podem ser conceituados como todo caso julgado, ou decisão de Tribunal, que possa ser considerado um exemplo ou argumento de autoridade para outros casos idênticos ou similares que o sucedam, ou para questões similares de Direito.²¹

No Brasil, observar precedentes é um caminho para a uniformização da interpretação, visando dar segurança jurídica aos jurisdicionados. Porém, os precedentes, diferentemente das leis, não inovam originariamente na ordem jurídica, lastreando-se no já mencionado poder limitado de criação normativa das decisões judiciais, do qual não se extrai a capacidade expansiva de regular comportamentos.²²

Citem-se as esclarecedoras considerações do juiz inglês Lord Radcliffe sobre o tema:

(...) o juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom o inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Nesse sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação.²³

O excerto, apensar de extraído da doutrina de aplicação de precedentes judiciais no *common law*, também tem aplicabilidade em sistemas de direito legislado, como o nosso.

O princípio *stare decisis et non quieta movere*, ou, simplesmente, *stare decisis*, impõe que os precedentes das cortes superiores sejam seguidos por todos os juízes. É isso que, no *common law*, dá estabilidade e segurança ao sistema. No *civil law*, por outro lado, apesar de a lei fazer o papel de seguradora da ordem jurídica, a ordem jurídica prevê instrumentos que intensifiquem o grau de isonomia no tratamento dos jurisdicionados e previsão da orientação dos julgadores. A exemplo, as súmulas (as persuasivas e as vinculantes), os julgamentos de repercussão geral, os julgamentos de demandas repetitivas para a uniformização da jurisprudência, e a jurisprudência em si, propriamente dita.²⁴

²¹ Definição contida em BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed. Minnesota: West Publishing Co, 1991, p. 814. Tradução livre, a partir do texto original em inglês: "A 'precedent' is an adjudged case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for na identical or similar case afterwards arising or a similar question of law".

²² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104-5.

²³ RADCLIFFE, Cyril John. *Not in feather beds: some collected papers*. Londres: H. Hamilton, 1968, p. 271, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 23.

²⁴ "Extensivamente assim se diz para designar o conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de decisões de um tribunal. (...) Desse modo, a jurisprudência não se forma isoladamente, isto é, pelas decisões isoladas. É necessário que se firme por sucessivas e uniformes decisões, constituindo-se em fonte criadora do Direito e produzindo um verdadeiro *jus novum*. É necessário que, pelo *hábito*, a interpretação e explicação das leis venham a se formar. Os romanos sempre a consideraram como a fonte do Direito, designando-a como *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatorum*, embora



Mas se ao Poder Judiciário se impõe o dever de observância à Constituição e às leis, como já esclarecemos anteriormente, e se sua atividade criativa é limitada aos parâmetros traçados pela ordem jurídica posta, não cabe aplicar o princípio *stare decisis* ao nosso sistema. Isso porque, embora seja *desejável* a busca de uma uniformidade na interpretação das leis, não há como se impor a observância cogente a precedentes estanques, sob pena de desvirtuação da característica precípua de nosso Direito legislado, que não é de formação jurisprudencial, mas legal.

Não há como negar, entretanto, que a sistemática processual brasileira tem visado, cada vez mais, a adequada fundamentação das decisões judiciais que não sigam precedentes, e a modulação dos efeitos das decisões que incorporem novo entendimento que venha a superar o anterior²⁵.

Nessa esteira, o art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, exprime bem a dissonância do nosso sistema com a principiologia do *stare decisis*: embora a norma, em um primeiro momento, estimule o julgador a se ater aos precedentes existentes, por outro lado também abre margem para que o juiz deixe de segui-los, devendo, porém, se o fizer, fundamentar adequadamente sua decisão, justificando a razão pela qual os precedentes invocados pela parte não se aplicam ao caso concreto, ou expondo os motivos da superação daquele entendimento. Essa margem de liberdade não é dada aos julgadores em sistemas rígidos de *stare decisis*, nos quais apenas o mesmo Tribunal que produziu o precedente pode alterá-lo ou deixar de aplicá-lo.

De todo modo, os precedentes e a jurisprudência possuem papel de inequívoca relevância em nosso Direito, o que se positivou no art. 927 do CPC/15,²⁶ o qual, não obstante vozes críticas,²⁷ deve ser aplicado dentro dos limites aqui expostos.

4 REVISÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

Socorramo-nos novamente do sistema *common law* para entender contornos sobre o *overruling* também em nosso sistema codificado.

Justiniano aconselhasse que não se lhe desse uma autoridade exagerada, *cum non exemplis sed legibus judicandum sit*. Aliás, é firmado hoje que a jurisprudência somente obriga a espécie julgada, não sendo, propriamente, fonte do Direito” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 809).

²⁵ CPC/15, “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”.

²⁶ CPC/15, “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 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 vinculado”.

²⁷ “O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. (...) Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer *função típica* do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. (...) O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação da CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. (...) Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837).



Na tradição *common law*, a lei se desenvolve por meio da criação e da revisão de precedentes pelos tribunais. Há duas principais maneiras para que a revisão ocorra: a mais típica é o chamado *distinguishing*, por meio do qual a corte aceita manter o precedente anterior, mas limita o escopo de sua aplicação, estabelecendo uma nova regra de julgamento para as circunstâncias e hipóteses em relação às quais o precedente antigo não se aplicará. A segunda e menos típica forma de revisão do entendimento jurisprudencial ocorre com o *overruling*, por meio do qual o tribunal substitui um precedente antigo por um novo, extirpando o entendimento anterior de qualquer novo âmbito de incidência.²⁸

Mesmo nos sistemas de tradição *civil law*, nos quais o significado da norma jurídica positivada é dado pelo intérprete, os tribunais superiores possuem inegável função nomofilática, ou seja, orientam-se para manter a integridade do direito, uniformizando a aplicação das leis. E tal atividade possui relevo quando os tribunais se deparam com cláusulas legais gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ocasiões em que a jurisprudência que delimita seus contornos passa a ter status de fonte primária do direito, ao lado da própria lei.

Porém, não se pode negar que a dinâmica do Direito e das relações sociais impede que o texto normativo mantenha interpretações estanques. Logo, não obstante o atual Código de Processo Civil brasileiro preconize a uniformização da jurisprudência, é comum que os tribunais, em meio a tal dinamismo jurídico, altere entendimentos outrora tidos como pacificados ou prevalentes.

Em tese, o *overruling* pode ser tanto expresso, quanto tácito. Entretanto, a via tácita, no Brasil, não parece ser consentânea com o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88), tampouco com o elevado grau argumentativo que o atual Código de Processo Civil impõe para o exercício argumentativo jurisdicional (art. 927, §4º, do CPC/15).

Além disso, o *overruling* pode se dar difusamente, quando o tribunal altera sua jurisprudência anterior a partir de um novo caso que chegue à sua apreciação, ou de maneira concentrada – situação em que se instaura um procedimento autônomo que se destine a reexaminar o entendimento anteriormente fixado.

Em nosso Direito, os pressupostos formais do *overruling* são a competência e a fundamentação. Quanto ao primeiro, diferentemente da técnica do *distinguishing*, para a qual não há hierarquia judiciária entre o órgão prolator da *ratio decidendi* e o que profere a decisão que opera a distinção, no *overruling* a competência para a superação da tese jurídica anterior recai sobre o mesmo tribunal que a havia produzido. No que tange ao dever de fundamentação, a inobservância dos critérios contidos no art. 927, I a V, do CPC/2015, e a ausência de demonstração da distinção no caso em julgamento, ou a

²⁸ SHLEIFER, Andrei; GENNAIOLIA, Nicola. Overruling and the instability of law. In: *Journal of Comparative Economics* 35 (2007), 309–328, p. 310.



superação do entendimento, configura hipótese de nulidade, nos termos do art. 1.022, parágrafo único, inc. II, do CPC/2015.²⁹

Quanto aos pressupostos materiais, a superação de uma tese jurídica demanda a demonstração de que o entendimento anterior agora se mostra contraditório, ultrapassado, obsoleto frente a mutações jurídicas, ou, ainda, equivocado. O *overruling* legitimamente válido deve ser, portanto, consequência de um prévio desgaste da congruência social e sistêmica do precedente que será superado.

O problema passa a surgir, porém, tanto nos sistemas de tradução *civil law*, quanto nos de *common law*, quando a alteração jurisprudencial se dá por *overruling* não orientado em critérios jurídicos puros, mas em convicções políticas ou pessoais dos julgadores que compõem as cortes judiciais. Quando juízes alteram precedentes baseados em preferências orientadas por fatores externos à atividade interpretativa propriamente dita (pressões sociais e políticas, valores pessoais, ideologias etc.), em especial em casos que envolvam valorações polarizadas, há riscos de volatilidade e imprevisibilidade exegética que conduza à perda de eficiência do sistema e a crises decorrentes da insegurança jurídica que pode ser causada, com consequente falta de confiança no Poder Judiciário.³⁰

4.1 IMPERATIVOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO *OVERRULING*

Todo Estado de Direito só se caracteriza como tal se, em suas relações com o povo, submeter-se a si próprio a um regime de Direito que abarque tanto as normas garantidoras dos cidadãos, quanto as propulsoras da realização dos fins de governo. Em ambas as hipóteses, o efeito esperado é de limitador do arbítrio estatal.

Concebe-se tal estrutura em prol dos direitos da sociedade, a fim de que cada indivíduo possa se valer de instrumentos que permitam a defesa de seus interesses contra os abusos das autoridades públicas. Isso difere, entretanto, dos Estados meramente legalistas, a exemplo dos que, apesar de se fundarem em uma ordem normativa formal, não necessariamente erigem normas que limitem o poder do Estado.³¹

A ideia é bem resumida por Sérgio Resende de Barros, que destaca o seguinte:

Desse modo, com inspiração em Carré de Malberg, pode-se e deve-se distinguir o Estado de direito do Estado de legalidade. O que ele chamou de Estado “legal” hoje se pode chamar de Estado de legalidade: degeneração do Estado de direito, que põe em risco a justa atuação da lei na enunciação e concreção dos valores sociais como direitos individuais, coletivos, difusos. No mero Estado de Legalidade, a lei é editada e aplicada sem levar em conta o resultado, ou seja, sem considerar se daí resulta uma injusta opressão dos direitos. Impera o legalismo, que é a forma mais sutil de autoritarismo, na qual o espírito autoritário se aninha e se disfarça na

²⁹ GOMES, Rodolfo Perini. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra – (In)Segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. In: *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. 55. Brasília. 111 (1), p. 28-45, jul-dez 2019, p. 7.

³⁰ Idem, p. 311.

³¹ MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del Estado*. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 449.



própria lei. O processo legislativo atende à conveniência política do poderoso do momento, quando não é este in persona quem edita a norma provisoriamente.³²

Emerge, pois, da ideia de Estado de Direito, a presença dos elementos essenciais para a sua caracterização: segurança jurídica, separação de poderes, limitação do poder por um sistema de freios e contrapesos, garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana e regime democrático.³³

A segurança jurídica, que interessa ao presente estudo, pode ser constatada com base em critérios de previsibilidade e estabilidade do Direito. É necessária para a “proteção dos direitos subjetivos, em face das mutações formais do direito posto, em face especialmente da sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar a estabilidade dos direitos adquiridos”.³⁴

São consequências da segurança jurídica, dentre outras, a estabilidade das leis e a regra de sua irretroatividade (exceto nas hipóteses em Direito admitidas), a previsibilidade jurídica dos comportamentos estatais, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.³⁵ Tais deveres de previsibilidade, estabilidade e irretroatividade também podem ser aplicados, com os temperamentos cabíveis, à atuação jurisdicional, mormente quando se fala em *overruling*.

Da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, há excerto que merece transcrição:

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. (...) A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. (...) Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. 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.³⁶

³² BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2008, p. 140.

³³ Quanto aos Estados puramente legalistas, ensina Marilena Chauí: “É uma sociedade a qual as leis formam armas para preservar privilégios e o melhor instrumento para a repressão e a opressão, jamais definindo direitos e deveres. No caso das camadas populares, os direitos são sempre apresentados como concessão e outorga feitas pelo Estado, dependendo da vontade pessoal e do arbítrio do governante. Situação que é claramente reconhecida pelos trabalhadores quando afirmam que a ‘justiça só existe para os ricos’ e que também faz parte de uma consciência social difusa, tal como se exprime num dito muito conhecido no país: ‘para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei’. Como consequência, é uma sociedade na qual as leis sempre foram consideradas inúteis, inócuas, feitas para serem violadas, jamais transformadas ou contestadas. E onde a transgressão popular é violentamente reprimida e punida, enquanto a violação pelos grandes e poderosos sempre permanece impune” (CHAUÍ, Marilena. *Conformismo e resistência*. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 54-5).

³⁴ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

³⁵ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Irretroatividade das leis. In BEÇAK, Rubens (Org.); QUINTILIANO, Leonardo David; NIMER, Beatriz Lameira Carrico. *Princípios Constitucionais: Contribuições à luz da obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018., p. 219.

³⁶ BRASIL. Anteprojeto do Código de Processo Civil, 2010a, p. 25-27.



Como se vê, o novo Código de Processo Civil prioriza a segurança jurídica, alçando-a a *status* de “dever-ser”. Tal princípio possui uma finalidade estática e atemporal (determinação vs. cognoscibilidade) e outra dinâmica e intertemporal (previsibilidade vs. calculabilidade).³⁷

Quando se fala em mudança de entendimento jurisprudencial (perspectiva dinâmica e intertemporal), o raciocínio para se atingir a segurança jurídica deve partir do pressuposto de que todo indivíduo que submete suas pretensões ao Estado-Juiz o faz de acordo com o Direito vigente, deduzindo que não será atingido por alterações posteriores, nem mesmo as de ordem semântica. Trata-se de um estado de confiabilidade frente a um ordenamento jurídico que se espera seja protetor de expectativas e garantidor de estabilidade nas mudanças que porventura venham a ocorrer.

A segurança jurídica não admite, pois, quaisquer mudanças bruscas e drásticas, ou alterações muito frequentes da jurisprudência, visto que os jurisdicionados precisam saber de antemão as consequências de suas ações, a fim de que possam exercer a calculabilidade e prever o desfecho de suas pretensões.

Atento a isso, o atual Código de Processo Civil prevê, em seu art. 927, §3º, a possibilidade de modulação dos efeitos da alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, para que se atenda o interesse social a segurança jurídica. Porém, silencia quanto à eficácia temporal que se deve atribuir ao *overruling* (se *ex tunc* ou *ex nunc*), apesar de, no §4º do mesmo dispositivo, ser expresso no que tange à necessidade de que os tribunais observem a segurança jurídica, a proteção à confiança e a isonomia.

Muito embora a eficácia retroativa seja comum aos principais sistemas jurídicos contemporâneos, sua aplicação parece não ter lugar nas situações em que se espera observância ao princípio da proteção à confiança legítima, a qual impõe quatro requisitos básicos: (a) base de confiança; (b) confiança em tal base; (c) exercício da referida confiança na base que a gerou; e (d) frustração da confiança quando da produção de ato posterior e contraditório do Poder Público.³⁸

A base da confiança sempre se faz presente por meio das normas jurídicas, sejam elas gerais e abstratas, ou individuais e concretas, nas quais se incluem as decisões judiciais representativas da jurisprudência sedimentada dos tribunais superiores. Quanto maior o período de eficácia do ato, menor rigor se exige da base de confiança.

Também há de se considerar a vinculatividade e a pretensão de permanência da decisão, as quais decorrem de sua força normativa formal ou material. Os precedentes listados nos incisos do art. 927 do CPC/15, por exemplo, apesar de não possuírem força vinculante formal, o têm no âmbito material em decorrência de seu conteúdo ou do órgão que os prolatou (o que é indiscutível quando

³⁷ GOMES, Rodolfo Perini. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra – (In)Segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. In: *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. 55. Brasília. 111 (1), p. 28-45, jul-dez 2019, p. 9.

³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375.



derivados de tribunais superiores). Por isso, mesmo essas decisões sem força vinculante formal podem indicar uma ideia de permanência ou de pouca probabilidade de modificação, criando uma “base qualificada de confiança”.³⁹

A essa base de confiança se soma a confiança em tal base, a qual pode se traduzir na própria autoridade da coisa julgada das decisões de mérito proferidas pelos tribunais superiores. Diante disso, quando o jurisdicionado, lastreado em tal confiança, exerce um ato de disposição de direito e, ao ser julgado, se depara com uma alteração do entendimento jurisprudencial que venha a prejudicá-lo, torna-se evidente a frustração da confiança, ante o ato posterior e contraditório do Poder Judiciário.

Diante disso, a mudança de entendimento jurisprudencial anteriormente adotado e a opção por uma nova tese jurídica, em muitas situações, não deveria retroagir. O primeiro pressuposto para a modulação dos efeitos do *overruling* deve ser, pois, a proteção da confiança do particular nos atos do Estado: a jurisprudência anterior deve proteger todos os que adquiriram direitos, praticaram negócios jurídicos e, de modo geral, planejaram sua conduta à época da daquela orientação.⁴⁰

Quando há alteração de jurisprudência firme que não esteja sumulada ou impressa em precedente vinculante, há de se constatar se havia convergência de entendimento em determinado sentido antes das alterações promovidas pela corte. Nesse caso, os tribunais devem modificar a alteração que anteriormente existia, o que poderá gerar a necessidade de modulação dos efeitos da nova orientação, com vistas a proteger quem legitimamente confiou na direção jurisprudencial anterior estava consolidada.⁴¹

Ademais, se a Corte indicar a possível alteração de seu entendimento, também não haverá violação ao princípio da proteção à confiança. É isso que torna o *obter dictum*, ou a declaração de voto vencido, instrumentos relevantes para a indicação de provável mudança futura do entendimento do tribunal. Assim, quando a corte sinaliza (técnica do *signaling*) nesse sentido, esse alerta é um indicativo de que o precedente vigente poderá estar em vias de superação, e que os jurisdicionados deverão se preparar para as alterações vindouras.⁴²

De todo modo, a superação de entendimentos jurisprudenciais consolidados sempre deve ser vista com cautela. Quando o *overruling* decorre da necessidade de correção de um erro que tenha sido identificado na orientação jurisprudencial anterior, faria sentido que os efeitos do novo entendimento fossem retroativos. Mas nos casos de o precedente não se adaptar mais à realidade social, ou nas

³⁹ Idem, p. 498-499.

⁴⁰ ALVIM, Teresa Arruda; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Modulação: como, em que momento e por quem?* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/2/0a7cb742497b59_modulacaocomo,emquemomentoepor.pdf>. Acesso em 30/11/2024.

⁴¹ Idem, p. 4.

⁴² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 505.



hipóteses de incongruência sistêmica, há de se tentar evitar que os jurisdicionados que tenham agido em conformidade com a orientação até então dominante sejam surpreendidos com a retroatividade de novo entendimento em sentido diverso.⁴³

Portanto, a confiança em precedentes anteriores pode justificar que a corte adote efeitos prospectivos ao novo entendimento, ao que se denomina *prospective overruling*.

A modulação de efeitos, em si, não deve integrar o juízo de superação do entendimento da corte, sendo-lhe vedado impactar sobre a conclusão de que tal alteração seja positiva ou negativa, desejável ou não. Segundo Michel Hernane Noronha Pires, “o instituto da modulação de efeitos serve para mitigar os efeitos deletérios da alteração do direito jurisprudencial, não para legitimar a mudança”.⁴⁴ Portanto, a modulação se refere às consequências do *overruling*, mas não se destina a autorizá-la.

A relevância prática de tal estudo está intimamente atrelada não apenas ao papel a ser desempenhado pelos julgadores, mas também à atuação das partes para que a superação de um entendimento jurisprudencial seja alcançada. Exemplo disso é o da admissibilidade de recursos especial e extraordinário. Por certo, nosso direito prevê que o tribunal *a quo* negue seguimento a tais recursos quando afrontarem entendimentos firmados em sede de repercussão geral ou em recursos repetitivos (CPC/15, art. 1.030, I, “b”). Porém, se tais recursos estiverem postulando, de maneira adequada, a superação do entendimento consolidado, então parece não haver legitimidade ao tribunal *a quo* para negar-lhes seguimento, haja vista que apenas os tribunais superiores poderiam fazê-lo.⁴⁵

Na prática, portanto, a prospecção ou retroatividade dos efeitos de decisão que acolha a tese de superação de entendimento consolidado sempre deverá partir dos critérios de confiança e segurança jurídica aqui delineados.

4.2 PROSPECTIVE OVERRULING NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

Há expressivos julgados do STF e do STJ nos quais as cortes optaram por adotar efeitos prospectivos à superação de entendimentos anteriores. No âmbito do Supremo, isso pode ocorrer, por

⁴³ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. RB-6.1. E-book. Disponível em: <<https://next-proview.thomsonreuters.com/title>>.

⁴⁴ PIRES, Michel Hernane Noronha. *A superação dos precedentes vinculantes*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023, p. 163.

⁴⁵ “Observe-se que a compreensão do que constitui o juízo de superação traz um *ônus argumentativo* não só para o julgador, mas também para as partes. Nesse sentido, é deficiente a fundamentação do recurso especial ou extraordinário que se volta contra precedente vinculante afirmando apenas que dele discorda, sem apresentar qualquer razão que efetivamente poderia levar à superação do entendimento. Ao recurso que apenas afirma discordar do precedente vinculante, o destino é, realmente, a negativa de seguimento, nos termos do art. 1.030, I, ‘b’, do CPC. Todavia, em se tratando de recurso que tenha se desincumbido do ônus de apresentar razões que poderiam levar à superação do precedente, o seu destino é o encaminhamento à Corte Superior, para que esta possa exercer o juízo de superação. Somente ela, repita-se, detém competência para tanto” (PIRES, Michel Hernane Noronha. *A superação dos precedentes vinculantes...* op. cit., p. 164).



exemplo, em alguns casos de mutações constitucionais⁴⁶ que possam envolver alterações na interpretação de dispositivos da Constituição. Mas não só nesse campo a prospecção de efeitos é admitida.

Ao julgar o RE 637.485⁴⁷, no ano de 2013, que versava sobre a mudança de interpretação do art. 14, §5º, da CF/88, promovida pelo TSE, o STF fixou a seguinte tese de repercussão geral:

As decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

No RE 631.240⁴⁸, decidido sob o regime da repercussão geral em 2014, o STF reinterpreto o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), fixando a tese de que, em demandas envolvendo direitos previdenciários, o interesse de agir do cidadão apenas se configura após o indeferimento do benefício pleiteado ao INSS, antes do que inexistente lesão ou ameaça a direito. Após o reconhecimento de prolongada oscilação jurisprudencial sobre a matéria, a corte estipulou regras de transição, modulando os efeitos do novo entendimento de maneira prospectiva, a fim de garantir que todos os processos que estavam em curso no país não fossem imediatamente atingidos pelo *overruling*.

No STJ, o entendimento no sentido de modulação dos efeitos de suas decisões é muito menos frequente do que no STF. Exemplo disso foi o julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 738.689⁴⁹, julgado em 2007, em que se discutiu o reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, que foi instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491/69. Na hipótese, o Ministro Herman Benjamin, que proferiu o voto-vista, destacou que se estava a alterar o entendimento em sentido diverso que havia sido consolidado em 2004, o que o fez propor a modulação dos efeitos temporais da nova orientação. Para tanto, consignou o seguinte:

(...) também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da ‘sombra da juridicidade’, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do direito, já que

⁴⁶ As mutações promovidas pela interpretação judicial pressupõem a mutabilidade social e a evolução dos valores políticos, econômicos, sociais e morais com o decurso do tempo. Consoante apontamentos de Anna Cândida da Cunha Ferraz, a mutação constitucional pela via da construção jurisprudencial ocorre “quando se cogita de aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 129).

⁴⁷ STF. RE 637485, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01-08-2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013 RTJ VOL-00227-01 PP-00675.

⁴⁸ STF. RE 631240, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03-09-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00220.

⁴⁹ STJ. EREsp n. 738.689/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 27/6/2007, DJ de 22/10/2007, p. 187.



consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto.

Ocorre que o Ministro Relator e todos os demais ministros da Primeira Turma do STJ naquele julgamento, com exceção do Ministro João Otávio de Noronha, rejeitaram o entendimento expresso em tal voto-vista, entendendo que não cabia ao STJ modular os efeitos de suas decisões que superassem entendimentos anteriores.

Por outro lado, a Terceira Seção do STJ possui alguns julgados em que se conferiram efeitos prospectivos ao seu *overruling*, tendo como *leading case* o HC 28.598, no qual se decidiu o seguinte:

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 apenada 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.⁵⁰

Trata-se, como se vê, de exemplo claro de *prospective overruling*.

5 CONCLUSÃO

- a. O Poder Judiciário exerce sua função por meio da aplicação da lei aos casos concretos com força de definitividade. Ao fazê-lo, sempre exerce atividade interpretativa, visto que mesmo as leis claras exigem interpretação para que possam ser aplicadas aos diversos fatos do mundo fenomênico.
- b. A atividade interpretativa não é mecânica. Apesar de apenas poder ocorrer, em sistemas de Direito legislado, dentro das balizadas legais, a aplicação da norma ao caso concreto sempre pressupõe uma atividade em certo grau discricionária do julgador.

⁵⁰ STJ. HC n. 28.598/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 14/6/2005, DJ de 1/8/2005, p. 480.



- c. Diferentemente do sistema *common law*, em que a jurisprudência e os precedentes criam o direito, nos sistemas de base romanística, como o nosso, não há higidez tão significativa à vinculação aos entendimentos das cortes (*stare decisis*). Isso não significa, porém, que o papel jurisprudencial seja relevado a segundo plano, visto que os entendimentos consolidados das cortes servem para dar estabilidade à interpretação das leis por meio da delimitação de seu conteúdo e alcance.
- d. A superação de entendimentos jurisprudenciais consolidados, quer pelo dinamismo das relações sociais, quer pela constatação de erros quanto ao que a corte havia entendido anteriormente, demanda a preservação de imperativos de segurança jurídica e de proteção da confiança legítima que os jurisdicionados depositam no Poder Judiciário, sob pena de instabilidade e vazão ao arbítrio e a injustiças.
- e. O CPC/2015 trouxe relevantes avanços no estudo da matéria em apreço, em especial ao prever expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões judiciais que superem entendimentos anteriormente consolidados. As cortes superiores, por seu turno, vêm cada vez admitindo o *prospective overruling*, a fim de que haja respeito e estabilidade aos comportamentos sociais que tenham sido tomados na vigência da jurisprudência ou dos precedentes superados, a fim de se evitar a quebra da relação de confiança entre os cidadãos e o Estado, bem como para se garantir a todos os indivíduos o exercício de calculabilidade prévio à tomada de ações.
- f. Para evitar que o Estado de Direito sucumba, há de se imprimir racionalidade a quem possui autoridade para julgar os cidadãos e interpretar a lei, de modo que a lógica, a conveniência e a oportunidade devem ser os vetores para a modulação dos efeitos das decisões dos tribunais que superem entendimentos outrora externados.



REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Modulação: como, em que momento e por quem? Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/2/0a7cb742497b59_modulacaocomo,emquemomentoe por.pdf>. Acesso em 30/11/2024.

ALVIM, Teresa Arruda. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROS, Sérgio Resende de. Contribuição dialética para o constitucionalismo. Campinas: Millennium, 2008.

_____. Irretroatividade das leis. In BEÇAK, Rubens (Org.); QUINTILIANO, Leonardo David; NIMER, Beatriz Lameira Carrico. Princípios Constitucionais: Contribuições à luz da obra de Sérgio Resende de Barros. Belo Horizonte: Arraes, 2018

BLACK, Henry Campbell. Black's Law Dictionary. 6. ed. Minnesota: West Publishing Co, 1991.

CARREIRO, C. H. Porto. A prática do direito. In: Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CHAUÍ, Marilena. Conformismo e resistência. São Paulo: Brasiliense, 1993.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DI PIETRO, Maria Sulvia Zanella. Discrecionariedade técnica e discrecionariedade administrativa. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte: Fórum, 17:75-96, abr./jun. 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GLENN, H. Patrick. Legal traditions of the world. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

GOMES, Rodolfo Perini. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra – (In)Segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. In: Revista de Doutrina e Jurisprudência. 55. Brasília. 111 (1), p. 28-45, jul-dez 2019.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MALBERG, R. Carré de. Teoría general del Estado. Trad. para o espanhol de José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.



MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MERRYMAN, John Henry. The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1985.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O'CONNOR, Vivienne. Common law and civil law traditions. INPROL - International Network to Promote the Rule of Law, mar./2012.

PIRES, Michel Hernane Noronha. A superação dos precedentes vinculantes. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023.

RADCLIFFE, Cyril John. Not in feather beds: some collected papers. Londres: H. Hamilton, 1968, p. 271, apud CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SHLEIFER, Andrei; GENNAIOLIA, Nicola. Overruling and the instability of law. In: Journal of Comparative Economics 35 (2007), 309–328.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVEIRA, Alípio. O “in claris cessat interpretatio” e seu declínio. In Hermenêutica no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1968.