

O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais

Luiz Guilherme Marinoni

Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

Sumário: 1. Estado de Direito e segurança jurídica; 2. Previsibilidade; 3. Estabilidade; 4. Duplo grau e respeito aos precedentes na dimensão da segurança jurídica; 5. Tutela da segurança jurídica e da confiança; 6. A coisa julgada e o precedente obrigatório diante da tutela da segurança jurídica e da confiança; 7. Precedente e coisa julgada *erga omnes*; 8. Os efeitos prospectivos (*prospective overruling*) das decisões revogadoras de precedentes nos Estados Unidos; 9. Os efeitos prospectivos das decisões que revogam precedentes no Brasil; 10. A impossibilidade de a decisão de inconstitucionalidade atingir a coisa julgada à luz do significado da decisão jurisdicional no Estado Constitucional

1. Estado de Direito e segurança jurídica

A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das conseqüências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”.

Embora as Constituições e Cartas de direitos humanos fundamentais – como, por exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU e a Convenção Americana de São José da Costa Rica – não aludem a um direito à segurança jurídica, o constitucionalismo dos nossos dias é consciente de que um Estado de Direito é dela indissociável. A doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de

Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Assim, a segurança jurídica assume as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental¹. A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no *caput* do artigo 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do artigo 5º.

O Estado brasileiro, além de ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a reneguem.

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades.

Não obstante, para que a idéia de segurança jurídica não se perca em uma extrema generalidade, convém discriminar dois elementos imprescindíveis à sua

¹ Ingo Sarlet liga a segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana: “Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. (...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas” (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*, v. 57, p. 11).

caracterização. Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às conseqüências das suas ações². O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das conseqüências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados³.

Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso.

2. Previsibilidade

Para que haja previsibilidade, igualmente são necessárias algumas condições. Se é certo que não há como prever uma conseqüência se não houver acordo acerca da qualidade da situação em que se insere a ação capaz de produzi-la, também é

² Ver CORSALE, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 31 e ss.

³ “Ad esempio colui che, trovandosi nelle condizioni previste dall’ordinamento, compia regolarmente la serie di atti che la legge prescrive per la conclusione del negozio di compravendita in qualità di acquirente, può prevedere, in un ordinamento datato di effettività, che verrà riconosciuto come proprietario della merce, e che in caso di contestazione tale qualità gli verrà riconosciuta in giudizio: l’unività della qualificazione giuridica della sua situazione, come si vede, è strettamente connessa con la prevedibilità delle reazioni del venditore, dei terzi e dell’eventuale giudice nei confronti del suo comportamento a proposito, per esempio, del pagamento. Pertanto la prevedibilità, unitamente alla qualificazione univoca delle situazioni, finisce per essere premessa indispensabile perchè si determini e sussista nella comunità il sentimento di sicurezza circa la soddisfazione effettiva della fondamentale esigenza di giustizia, ossia che il diritto prevalga sul torto. Quale sicurezza potrebbe sussistere, infatti, se fosse incerta la qualificazione delle situazioni in cui tali criteri dovrebbero operare, o se fossero imprevedibili le conseguenze giuridiche di un’azione?” (CORSALE, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, cit., p. 32-33).

incontestável que estas dependem, para gerar previsibilidade, da possibilidade da sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detém o poder para afirmá-las. Em sendo assim, sustenta-se que a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada. Porém, como a previsibilidade não descarta a circunstância de que a norma deve ser interpretada, tornou-se necessário tocar na questão da interpretação jurídica, daí tendo naturalmente surgido a preocupação com a efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade, na medida em que o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação de nada adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis⁴.

Tais elementos, ainda que não precisem ser necessariamente admitidos como requisitos para a previsibilidade, têm importância para permitir uma discussão válida e criativa acerca do tema na dimensão dos precedentes.

O conhecimento das normas guarda relação com a Codificação ou com a pretensão de se ter Códigos capazes de regular todas as situações, eliminando quaisquer dúvidas que sobre elas pudessem pairar. Lembre-se que na tradição do *civil law*, em que se afirmava a supremacia do legislativo, a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz⁵.

Sabe-se, contudo, não só que a Codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs – tendo surgido uma hiperinflação de leis especiais e de regras processuais de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador –, como, também, que a idéia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis foi rapidamente derrotada.

A verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela da

⁴ CORSALE, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, cit., p. 34.

⁵ Como escreve Jürgen Habermas, “O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim, um contexto de máximas de interpretação *não questionadas* para a aplicação do direito. Essa circunstância explica por que muitos pensavam que o direito podia ser aplicado a seu tempo, sem o recurso a princípios necessitados de interpretação ou a ‘conceitos-chave’ duvidosos” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 313).

segurança⁶. Sublinhe-se que o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica desta tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário.

Perceba-se que, quando há uma crise de colaboração na realização do direito material e os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, o que obviamente importa são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão, e não o texto normativo abstratamente considerado. Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato. Não é por outra razão que Massimo Corsale concluiu que, para que se possa realizar a certeza da ação através do direito, o que conta, em última análise, não é tanto a formula escrita no código, a norma abstrata, mas a dita norma individual, a concretização da regra no caso específico⁷. Da mesma forma, porque a inteligência de uma norma pode ser controvertida, é claro que a norma em abstrato não é suficiente para que o cidadão possa prever o comportamento dos terceiros que com ele podem se deparar.

Curioso é que o direito legislado, ao contrário de constituir um pressuposto, representa um obstáculo para a segurança jurídica. Isso se dá não apenas em razão

⁶ Segundo Massimo Corsale, “se la codificazione fosse essenziale per la certezza come prevedibilità, quest’ultima non potrebbe realizzarsi in ordinamenti basati sul diritto consuetudinario, o giudiziario, o comunque non basati sul diritto legale. Ordinamenti di questo tipo sono sempre esistiti, e non sempre hanno corrisposto a fasi primitive di organizzazione sociale: i due macroscopici esempi del diritto romano e del *common law* ne fanno fede” (CORSALE, Massimo. Op. cit., p. 36).

⁷ Ibid., p. 34.

da hiperinflação legislativa ou em virtude de ser impossível o pleno conhecimento das regras legais, mas substancialmente porque o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito.

Contudo, se o conhecimento das regras legais pode não ser pressuposto para a previsibilidade, o mesmo não se pode dizer em relação à univocidade de interpretação das normas. Exatamente porque as normas podem ser diferentemente analisadas, a interpretação, ao tender a um único significado, aproxima-se do ideal de previsibilidade. Isso não quer dizer que a eliminação da dúvida interpretativa é factível, mas sim que se pode e deve minimizar, na medida do possível, as divergências interpretativas acerca das normas, colaborando-se, assim, para a proteção da previsibilidade, indispensável ao encontro da segurança jurídica.

E é justamente aí que entra em jogo o terceiro dos elementos apontado no início deste tópico como imprescindível à previsibilidade. Trata-se da efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade. Massimo Corsale afirma que um ordenamento jurídico absolutamente destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobrevir enquanto tal⁸. Ou seja, um ordenamento inidôneo a viabilizar a previsibilidade não pode ser qualificado de jurídico. Desta forma, a idéia de “certeza do direito” visivelmente representa um componente indispensável da essência do próprio direito⁹.

O sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade. Neste sentido, podem ser citadas as normas constitucionais que prevêm as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de “afirmar” o sentido

⁸ Ibid., p. 40.

⁹ Anote-se que é possível distinguir certeza de previsibilidade, frisando-se que a previsibilidade implica apenas um certo grau de certeza e nunca uma certeza absoluta. Reconhecimento disso, aliás, está implícito na idéia de que o respeito aos precedentes não ignora a circunstância de que estes podem ser revogados. Ver CAMINKER, Evan H. Precedent and Prediction: The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking. *Texas Law Review*, 1994, v. 73, p. 1-82.

das normas constitucionais. Deixando-se de lado a questão relacionada ao Supremo, torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual¹⁰. Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o completo descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso configura um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico. Como é óbvio, também porque a segurança jurídica é direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, tais decisões não podem ser ignoradas, admitindo-se a sua fácil e constante alteração no âmbito da Corte e permitindo-se que os juízes de primeiro grau e tribunais ordinários possam livremente delas discordar ou sequer considerá-las.

Já o sistema de *common law*, mediante o instituto do *stare decisis*, possui plena capacidade de garantir a previsibilidade, demonstrando grande preocupação com a

¹⁰ Sobre a mesma patologia, porém no âmbito da Corte de Cassação italiana, discorreu Fernando Santosuosso (Juiz da Corte Constitucional) em importante Congresso realizado em Florença: “Però bisogna fare un esame di coscienza, perché si è giunti a questa, non voglio dire generale, ma diffusa ribellione agli orientamenti della Cassazione? Non tanto forse per impreparazione delle nuove generazioni di avvocati e magistrati, quanto perché anche la Cassazione non ha dato il buon esempio. Ieri Mirabelli citava il numero dei contrasti fra sentenze della Cassazione, 120 contrasti pendenti innanzi alla Cassazione, il che significa che le sezioni semplici sono frequentemente in contrasto fra loro, o addirittura la stessa sezione. Perfino la mia sezione, la sezione lavoro, che lavora ogni giorno con due aule, potrebbe essere in contrasto con se stessa lo stesso giorno. E perfino l’organo chiamato a risolvere i contrasti, quello che Walter Vigiani chiamava il ‘Supremissimo Collegissimo’ e cioè le sezioni unite, talvolta, ha detto Mirabelli, per 18 volte è in contrasto con se stesso. Quindi questo sarà il mio primo auspicio, che la cassazione abbia maggiore rispetto di se stessa, e che si cambi giurisprudenza quase mai in procedura, perché voi sapete che il rito, le aspettative degli avvocati e delle parti è che le regole del gioco restino il più possibile ferme, ma anche in diritto sostanziale si cambi giurisprudenza soltanto quando veramente ci siano nuovi argomenti, nuove situazioni sociali” (SANTOSUOSSO, Fernando. L’incertezza del diritto nell’attività giurisprudenziale. In: *La Certezza del Diritto: Un valore da ritrovare: Atti* (Firenze, 2-3 ottobre 1992). Milano: Giuffrè, 1993, p. 96 e ss).

segurança das relações sociais, para o que a certeza do direito é imprescindível¹¹. Constitui lugar comum, na literatura inglesa e estadunidense, a afirmação de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. O *stare decisis* é visto como instituto disciplinado para garantir a segurança jurídica. Lembre-se que Hale disse que o *stare decisis* tinha como objetivo satisfazer a exigência de certeza formal. Mais do que isto, o célebre artigo de Goodhart, de 1934, apresentou a idéia de que a certeza jurídica seria a mais importante causa para a instituição do *stare decisis* ou para o estabelecimento de um sistema de precedentes vinculantes¹².

Interessante notar, ainda, que a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas que esta previsibilidade garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania.

E não se pense que a garantia de previsibilidade das decisões judiciais é algo que diz respeito ao sistema de *common law* e não ao de *civil law*. Ora, tanto as decisões que afirmam direitos independentemente da lei quanto as decisões que interpretam a lei, seja no *common law* ou no *civil law*, devem gerar previsibilidade aos jurisdicionados, sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança.

É nessa dimensão, aliás, que se pode falar em “ética do legalismo”, nos termos de MacCormick¹³. A previsibilidade das decisões, vista como legalismo, constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver, e, portanto, estar em um Estado de Direito, ou seja, em um Estado que assegure a estabilidade do significado do Direito¹⁴.

¹¹ Ver BENDITT, Theodore M. The rule of precedent, In Precedent in Law, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 89 e ss.

¹² GOODHART, Arthur L. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, 1934, v. 50, p. 40 e ss.

¹³ De acordo com a ‘ética do legalismo’, há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional, para o bem da paz e previsibilidade entre os seres humanos, e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the Rule of Law*, New York, Oxford, 2005, p. 9).

¹⁴ MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism. *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193 e ss.

3. Estabilidade

A segurança jurídica pode ser vista em outra perspectiva, ou seja, em uma dimensão objetiva. É preciso que a ordem jurídica, e assim a lei e as decisões judiciais, tenham estabilidade. A ordem jurídica deve ter um mínimo de continuidade, até mesmo para que o Estado de Direito não seja um Estado provisório, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade de se impor aos cidadãos.

Mas o que importa, no presente contexto, é demonstrar que a estabilidade não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também, a continuidade e o respeito às decisões judiciais, isto é, aos precedentes¹⁵.

Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário.

O ponto tem relevância insuspeita. Não apenas o juiz e o órgão judicial devem respeito ao que já fizeram, ou seja, às decisões que tomaram, mas também às decisões dos tribunais que lhes são superiores, claramente quando estes decidem conferindo interpretação a uma lei ou atribuindo qualificação jurídica a determinada situação. Trata-se de algo que além de advir da mera visualização da tarefa atribuída aos tribunais superiores, decorre da percepção da lógica do sistema de distribuição de justiça e da coerência que se impõe ao discurso do Poder Judiciário.

Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se vêem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de

¹⁵ Também é possível distinguir estabilidade de certeza e previsibilidade. Como dito em nota anterior, a previsibilidade abre oportunidade para graus de certeza, tanto é que, ainda que o sistema de precedentes garanta a previsibilidade, um determinado precedente pode estar prestes a ser revogado. Do mesmo modo, um sistema pode ser momentaneamente instável, em vista de reiteradas revogações de precedentes, ainda que dotado da previsibilidade inerente ao respeito aos precedentes.

decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua “justiça” e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.

4. Duplo grau e respeito aos precedentes na dimensão da segurança jurídica

Ainda que a idéia de submeter o juiz à letra da lei tenha constituído mero sonho da Revolução Francesa, não há dúvida que, em tese, a segurança jurídica seria proporcionada por um sistema judicial em que o magistrado apenas aplicasse a letra da lei. Caso fosse admitida, como hipótese, a impossibilidade de o juiz decidir fora dos traços da norma geral, a previsibilidade seria inevitável. Isto significa que é correto pensar que a ideia de submissão do juiz ao legislador colaborou para a formação de um sistema despreocupado com o respeito aos precedentes.

Porém, considerando-se esta situação, torna-se curiosa a ênfase que o *civil law* deu ao duplo grau de jurisdição. Ora, se o juiz apenas pode declarar as palavras da lei, não há razão para se ter dois juízos repetitivos sobre o mérito. Contudo, como os tribunais superiores nunca foram ignorados no *civil law*, a origem do duplo grau deve ser buscada em outro lugar.

Lembre-se que a Corte de Cassação francesa, instituída em 1790, teve o intento de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões destoantes da lei¹⁶. Antes da Cassação, os revolucionários tentaram impedir o Judiciário de interpretar a lei instalando um órgão legislativo ao qual os juízes deveriam recorrer em caso de falta de clareza ou de dúvida acerca do direito criado pelo Legislativo. Afirmou-se que, na excepcionalidade de conflito entre normas, obscuridade ou falta de lei, o juiz deveria obrigatoriamente apresentar a questão ao legislativo para a realização da “interpretação autorizada”¹⁷.

¹⁶ Ver CALAMANDREI, Piero, La Cassazione civile, I, *Storia e legislazione*, Torino, 1920, p. 426 e ss; TARUFFO, Michele. Il vertice ambiguo, *Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 29 e ss.

¹⁷ A Lei Revolucionária de agosto de 1790 não só disse que “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou

De modo que a Cassação foi instituída como válvula de escape contra a não apresentação do caso à interpretação autorizada do legislativo, ou, o que parece ser mais razoável, em virtude da tomada de consciência da inviabilidade, até mesmo prática e concreta, de obrigar os juízes a exporem todas as suas dúvidas ao legislador¹⁸.

Ademais, embora chamada de corte, a Cassação, num primeiro momento, não integrou o Poder Judiciário. A natureza não jurisdicional da Cassação era compatível com a sua função de cassar ou anular as decisões judiciais que dessem à lei sentido indesejado. Ou seja, a Cassação originariamente representou uma alternativa – mais factível – em relação à “consulta interpretativa autorizada”. Note-se que a Cassação foi instituída unicamente para cassar a interpretação incorreta, não para estabelecer a interpretação correta ou para decidir em substituição à decisão prolatada pelo juiz ordinário. A Corte não se sobrepunha ao órgão judicial ordinário por ter o poder de proferir a última decisão, mas sim por ter o poder para cassar a decisão que negou a lei produzida pelo Parlamento.

Diante disso, fica claro que o *double degré de juridiction*, ou mais precisamente a Corte de Cassação, partiu do pressuposto de que o juiz poderia não aplicar corretamente a lei. Para permitir a frutificação do novo regime – instalado no Parlamento – e para calar o seu rival – o Judiciário –, a Revolução Francesa quis que o juiz se limitasse a declarar as palavras da lei. Mas, exatamente porque temia o Judiciário, e assim era ciente do risco e da possibilidade de o juiz interpretar a lei de

suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10), mas também que os tribunais “*reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei*” (Título II, art. 12). “Os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10); “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 12); “as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções (Título II, art. 12). (Lei Revolucionária de agosto de 1790). Ver CAPPELETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 272.

¹⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, 3ª. ed., Stanford, Stanford Press, 2007, p. 39 e ss.

maneira desconforme às intenções do novo regime, criou a Corte de Cassação para reprimir a atuação judicial destoante.

Nesta dimensão, como é evidente, sequer seria pensável um sistema de respeito aos precedentes. Ora, se a Corte existe exatamente porque o juiz não merece respeito ou confiança, não há como construir um sistema que, para funcionar, deve partir da premissa de que o juiz respeita a Corte. Como se vê, a lógica das tradições de *civil law* e de *common law* são absolutamente contrárias. E isto é extremamente importante e sugestivo.

No direito brasileiro contemporâneo há uma absurda e curiosa não percepção da contradição existente entre a mitificação do duplo grau e a ausência de respeito às decisões dos tribunais superiores. De forma acrítica, ao mesmo tempo em que se vê na obrigatoriedade dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau de jurisdição como garantia de justiça. Os juízes pensam que exercem poder quando julgam como desejam, mas não percebem que não têm poder para decidir (sozinhos) sequer uma ação de despejo fundada em falta de pagamento ou uma ação ressarcitória derivada de acidente de trânsito¹⁹, e, além disto, que as suas sentenças, em regra, não interferem na vida dos litigantes.

A melhor doutrina italiana sustenta que o duplo grau reflete, historicamente, uma idéia hierárquico-autoritária da jurisdição e do Estado²⁰, além de gerar uma profunda desvalorização dos juízos de primeiro grau. Isso porque o duplo grau se assenta em um ambiente de desconfiança em relação ao juiz de primeiro grau, que não poderia ter poder para decidir, livre e solitariamente, qualquer demanda. Como demonstrou Cappelletti, o primeiro defeito essencial do duplo grau, que não está presente – especialmente no que diz respeito ao processo civil – nos países anglo-saxões, é a profunda desvalorização do juízo de primeiro grau, com a conseqüente glorificação, se

¹⁹ Se todas as sentenças que dizem respeito a matéria de fato e são marcadas pela oralidade devem ser submetidas ao tribunal, o juiz de primeiro grau, lamentavelmente, pode ser confundido com um instrutor. Um duplo juízo sobre a matéria de fato constitui sinal de afronta à oralidade e, principalmente, de desconfiança no juiz de primeiro grau. É nesta perspectiva que se anuncia que o duplo grau produz a desvalorização do juiz de primeira instância.

²⁰ Ver PIZZORUSSO, Alessandro. Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali. *Rivista di Diritto Processuale*, 1978, p. 33 e ss; CAPPELLETTI, Mauro. *Doppio grado di giurisdizione: Parere iconoclastico n. 2, o razionalizzazione dell'iconoclastia?* Giurisprudenza italiana, 1969, p. 81 e ss.

assim se pode dizer, dos juízos de segundo grau²¹. Em virtude da necessidade do segundo grau, a causa, em primeiro grau, não está ganha nem perdida²²; a sentença do juiz, por não ter, em regra, execução imediata, serve para pouco mais do que nada. Como afirma o professor florentino, o primeiro grau é somente uma larga fase de espera, uma extenuante e penosa ante-sala para se chegar à fase de apelação ou à verdadeira decisão, ao menos para a parte que tem condições econômicas para alcançá-la²³.

De modo que somente uma ingenuidade indesculpável poderia sustentar a idéia de que o duplo grau de jurisdição constitui princípio fundamental de justiça, e até mesmo garantia constitucional, e, ao mesmo tempo, aprovar a tese de que o juiz de primeiro grau deve ter liberdade para decidir de forma contrária ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Isto seria apenas uma ilogicidade brutal se não constituísse uma armadilha consciente e ardilmente montada para deslegitimar o poder dos juízes. Espera-se que logo se possa perceber que negar ao juiz de primeiro grau poder para decidir as causas de menor complexidade, e, ao mesmo tempo, estimulá-lo a confrontar com os tribunais superiores, nada mais é do que desconsiderar os direitos fundamentais de natureza processual e o próprio Poder Judiciário.

Saliente-se que, no *common law*, muito mais do que no *civil law* e, especialmente, do que no Brasil – que é um dos raros países no mundo em que o duplo grau ainda é endeusado –, confere-se importância e dignidade ao juiz de primeiro grau. Nos Estados Unidos, o juiz de primeiro grau goza de grande prestígio. O *trial-judge*, ao menos em nível federal, é considerado um magistrado que nada deve aos juízes das cortes superiores em termos de conhecimento e experiência²⁴. O sistema do *common law*, por confiar no juiz, confere-lhe poder para julgar sozinho inúmeras demandas. Basta lembrar que, como regra, o *appeal* somente é admitido em hipóteses

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: *Proceso, ideologias, sociedad* (trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf). Buenos Aires: EJEJA, 1974, p. 278.

²² Id.

²³ Id.

²⁴ VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 156.

de erro de direito, consoante a idéia de limitar os poderes do juiz no *review*²⁵.

Portanto, se é completamente contraditório sustentar a intocabilidade do duplo grau e, ao mesmo tempo, o poder de o juiz de primeiro grau decidir em desacordo com os tribunais superiores, não é necessário afirmar o duplo grau para respeitar os precedentes. Na verdade, a relativização do duplo grau e a obediência aos precedentes são elementos presentes no sistema que realmente respeita os seus juízes.

A idéia de submissão do juiz à lei tornou despiciendo o respeito aos precedentes, mas a admissão, não revelada às claras, de que o juiz pode negar a lei, além de ter criado um sistema de cassação das decisões judiciais, abriu oportunidade à mitificação do duplo grau. Todavia, a glorificação do duplo grau não foi capaz de permitir ver a contradição em se permitir ao juiz de primeiro grau contrariar as decisões dos tribunais superiores. Enquanto isso, no sistema em que não houve necessidade de limitar o poder do juiz, tornou-se natural o respeito aos precedentes para se garantir a previsibilidade que se esperava obter, no *civil law*, mediante a submissão do juiz aos ditados do legislador. O direito estadunidense, além de respeitar precedentes, deu ao juiz de primeiro grau real poder para decidir as questões de fato, tornando o *appeal* cabível apenas diante de erros de direito. Assim, o *common law* incorpora, coerente com a sua própria tradição de confiança na magistratura, além do respeito aos precedentes, a valorização do juiz de primeiro grau. O ponto tem grande relevância: tem o valor de demonstrar, àqueles que pensam que o respeito aos precedentes minimiza a figura do juiz ordinário, que o poder do juiz não depende da circunstância dele estar livre para decidir, mas sim da circunstância dele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar.²⁶

5. Tutela da segurança jurídica e da confiança

²⁵ Ver CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, may/1976, p. 1.281-1.315; CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 15.

²⁶ Para aprofundar o tema dos precedentes, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 2ª. Ed., São Paulo: Ed. RT, 2011.

O Estado tem dever de tutelar o direito fundamental à segurança. Possui dever de tutelar a segurança mediante prestações fáticas e normativas. São inúmeras as normas infraconstitucionais e várias as prestações fáticas com que o Estado tutela a segurança – vista em sentido genérico – de direito geral à segurança.

A segurança jurídica também é tutelada mediante várias normas e prestações fáticas estatais. Visível é a norma constitucional que afirma a inviolabilidade da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, Constituição Federal), embora existam na Constituição outras normas que, mesmo indiretamente, tutelam a segurança jurídica, como as que garantem o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais. No Código de Processo Civil, igualmente, encontram-se regras de tutela à segurança, como as que, por exemplo, tratam da preclusão, impedindo a decisão de questão já decidida ou a prática de ato processual fora do tempo. Além disso, a assistência jurídica, por exemplo, pode ser vista como uma prestação fática para a tutela da segurança jurídica, já que o advogado gratuito pode ser indispensável para o jurisdicionado poder ter os seus direitos protegidos em Juízo.

De qualquer forma, para que exista segurança jurídica há que se tutelar a confiança do jurisdicionado, no exato sentido de previsibilidade, como antes visto. Como escreve Canotilho, segurança jurídica e proteção da confiança andam estreitamente associadas, “a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos”²⁷.

A previsibilidade obviamente depende da confiança²⁸. Não há como prever sem

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 257.

²⁸ De acordo com Ingo Sarlet, “um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do

confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança é um requisito da previsibilidade. Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às conseqüências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público.

A tutela da confiança certamente depende de normas. Lembre-se que um ordenamento destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas e, assim, de gerar um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobrevir, ao menos enquanto ordenamento “jurídico”²⁹. A doutrina vê na norma que garante a coisa julgada exemplo de tutela da confiança. Canotilho, aliás, ao relacionar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança aos atos normativos, jurisdicionais e administrativos, fala em “proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos”, em “inalterabilidade do caso julgado” e em “tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos”³⁰, deixando de atinar para outra forma de tutela da confiança em relação aos atos jurisdicionais.

Não há dúvida que a coisa julgada é imprescindível à tutela da confiança nos atos do poder público. A coisa julgada dá ao jurisdicionado a segurança de que o seu direito não poderá mais ser contestado e de que o litígio que envolveu o seu direito não voltará a ser decidido. Contudo, a coisa julgada, embora imprescindível, não é suficiente para dar tutela à confiança e garantir a previsibilidade diante dos atos jurisdicionais. Mesmo os ordenamentos de *civil law*, especialmente aqueles que dão ênfase ao controle difuso de constitucionalidade, não podem dispensar o esquema dos precedentes vinculantes para garantir a segurança jurídica e dar tutela à confiança³¹.

A falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como

corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente” (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 11).

²⁹ V. CORSALE, Massimo. Op. cit., p. 40.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 257.

³¹ Sobre a incidência do princípio da confiança na esfera jurisdicional, em especial a relação entre a proteção da confiança e a estabilidade das decisões judiciais, ver BLANCO, Federico Castillo. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 362 e ss.

autêntica falta de tutela da segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador. Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para darem origem a um sistema de precedentes vinculantes.

6. A coisa julgada e o precedente vinculante diante da tutela da segurança jurídica e da confiança

As funções da coisa julgada e do precedente vinculante à luz da segurança jurídica e da tutela da confiança são distintas. O respeito aos precedentes garante a previsibilidade em relação às decisões judiciais, assim como a continuidade da afirmação da ordem jurídica. A coisa julgada, por sua vez, garante que nenhuma decisão estatal interferirá de modo a inutilizar o resultado obtido pela parte com a decisão acobertada pela coisa julgada, assim como a estabilidade das decisões judiciais.

Diante da coisa julgada, não há que se falar em previsibilidade ou em continuidade de um modo de compreender – e, portanto, de afirmar – o ordenamento jurídico. A confiança que a coisa julgada confere ao jurisdicionado nada tem a ver com a expectativa de uma decisão em determinado sentido. A coisa julgada tutela a confiança do cidadão no ato estatal que decidiu o *seu caso*, assegurando que o benefício outorgado por este ato jamais lhe será retirado.

A coisa julgada, em tal perspectiva, também é uma garantia contra a retroatividade das decisões de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. O fato de o Supremo Tribunal Federal afirmar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma em que a decisão se baseou não gera, por mera consequência lógica, o desfazimento da coisa julgada. Esta não pode desaparecer em virtude de uma nova compreensão judicial dos fundamentos da decisão, mas apenas pode ser desconstituída em hipóteses extremas, em que vícios graves abrem oportunidade à sua rescisão (artigo 485, Código de Processo Civil).

A coisa julgada é imprescindível à afirmação do poder estatal. O discurso realizado no processo, para poder ser qualificado de discurso jurídico, ou seja, de discurso do poder acerca do direito, tem que ter um termo final a partir do qual se torne definitivo e imutável. De lado os atos jurisdicionais não preocupados com a definição dos litígios, a coisa julgada é atributo do processo jurisdicional.

De outra parte, o precedente vinculante permite ao jurisdicionado prever as conseqüências jurídicas dos seus atos e condutas, tendo o efeito de permitir confiança nas decisões já tomadas – então vistas como critérios para definir o seu comportamento – e nas decisões que podem vir a ser proferidas – compreendidas como decisões que podem atingir as suas esferas jurídicas.

Como é óbvio, mesmo olhando-se apenas para o passado, a confiança gerada pelo precedente vinculante nada tem a ver com a confiança proporcionada pela coisa julgada. Em um caso, a confiança é na orientação advinda da jurisdição; no outro, a confiança é na imutabilidade do ato do poder jurisdicional

7. Precedente e coisa julgada *erga omnes*

Mais próxima da segurança gerada pelo precedente está aquela advinda da coisa julgada *erga omnes*, peculiar às decisões de procedência proferidas nas ações voltadas à tutela de direitos difusos (artigo 103, inciso I, Código de Defesa do Consumidor).

Esta espécie de coisa julgada protege benefícios conferidos pela decisão a todos os membros da sociedade, titulares que são dos direitos difusos. Melhor explicando: como os direitos difusos são pertencentes, de forma generalizada, aos membros da sociedade, e, portanto, não podem ser divididos nem atribuídos isoladamente a pessoas ou grupos determinados, a legitimidade para as ações dirigidas à sua tutela é deferida a certos entes, vistos pelo legislador como capazes de representar os interesses dos membros da sociedade (artigos 81 e 82, Código de Defesa do Consumidor). Julgado precedente o pedido de tutela jurisdicional, afirma o artigo 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que a sentença produz coisa julgada *erga omnes*.

Nesse caso, o benefício outorgado pela sentença se estende a todos os titulares do direito difuso até então em litígio. Isso quer dizer a coisa julgada dá a todos os membros da sociedade a garantia de que a tutela do direito difuso, tal como definida pela sentença, não será alterada no futuro. Tratando-se de tutela inibitória de direito difuso, a coisa julgada garante a todos os titulares que o direito não será violado. Assim, qualquer um deles, na forma individual, poderá fazer valer a coisa julgada, impedindo a violação do direito.

Porém, a garantia de estabilidade de tutela inibitória de direito difuso obviamente não se confunde com a garantia de que o direito será tutelado em conformidade com o precedente. A coisa julgada, como técnica de proteção da segurança jurídica, tem mais força do que o respeito aos precedentes. O precedente é destinado a garantir a estabilidade da aplicação do direito, enquanto a coisa julgada garante a inalterabilidade da aplicação do direito em determinado caso concreto. Ao contrário do que ocorre em relação à coisa julgada, a estabilidade garantida pelo precedente não é absoluta, na medida em que os precedentes podem ser revogados. O judiciário pode deixar de interpretar a lei em determinado sentido, mas a interpretação da lei, cristalizada em sentença acobertada pela coisa julgada, jamais poderá ser alterada de modo a roubar o benefício outorgado àquele que obteve a tutela jurisdicional do direito.

Noutra perspectiva, a coisa julgada *erga omnes* tutela a segurança jurídica do cidadão em virtude de o direito lhe pertencer, ao passo que o precedente protege a segurança jurídica do cidadão enquanto mero jurisdicionado, ou melhor, como sujeito às decisões do Poder Judiciário.

8. Os efeitos prospectivos (*prospective overruling*) das decisões revogadoras de precedentes nos Estados Unidos

A revogação de um precedente (*overruling*) tem, em regra, efeitos retroativos nos Estados Unidos e no common law. Como a revogação do precedente significa a admissão de que a tese nele enunciada - vigente até o momento da decisão revogadora - estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores ou com o próprio direito, aceita-se naturalmente a ideia de que a decisão deve retroagir

para apanhar as situações que lhes são anteriores, tenham dado origem, ou não, a litígios - cujos processos devem estar em curso.

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

Porém, a prática judicial americana tem evidenciado, em tempos recentes, hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente. Nestas situações, as Cortes mostram-se particularmente preocupadas em tutelar o princípio da segurança - especialmente na sua feição de garante da previsibilidade - e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Público³².

Eisenberg enfatiza que “the major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance”³³. Há aí, antes de tudo, plena consciência de que a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período de tempo, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados, é tão injusta quanto a perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto. Mas, para que a não-retroatividade se justifique, exige-se que a credibilidade do precedente não tenha sido abalada, de modo a não tornar previsível a sua revogação. Caso a doutrina e os tribunais já tenham advertido para o equívoco do precedente ou apontado para a sua conveniente ou provável revogação, não há confiança justificável ou confiança capaz de fazer acreditar que os jurisdicionados tenham, legitimamente, traçado os seus comportamentos e atividades de acordo com o precedente. De modo que, para que o overruling não tenha efeitos retroativos, as situações e relações antes estabelecidas

³² Diz Robert Summers que “a aplicação retroativa de uma decisão revogadora de precedente pode contrariar relevante confiança no precedente revogado e tratar partes em posições similares de modo muito diferente” No original: “Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently”. (Robert Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, in *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, London, Dartmouth, 1997, p. 397-398).

³³ A maior justificativa para a revogação com efeitos prospectivos é a proteção da confiança (Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 131).

devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma “confiança justificável”.

Há casos em que o precedente pode deixar de corresponder aos valores que o inspiraram ou se tornar inconsistente e, ainda assim, não se mostrar razoável que a sua revogação atinja situações passadas, em virtude de a confiança justificável, então caracterizada, sobrepor-se à ideia de fazer a revogação valer para trás.

Não obstante, embora com a irretroatividade dos efeitos do overruling ou com o overruling com efeitos prospectivos se garanta o princípio da segurança e se proteja a confiança nos atos do Poder Público, daí também podem advir custos ou prejuízos. O prospective overruling pode gerar resultados ou decisões inconsistentes, especialmente quando se está diante do overruling cujos efeitos apenas podem ser produzidos a partir de certa data ou do overruling cujos efeitos retroativos incidem apenas sobre determinado caso.

Note-se que, na primeira hipótese, como o overruling tem efeitos somente a partir de certa data, as situações e relações que se formam depois da decisão são tratadas de modo diverso, conforme tenham se estabelecido antes ou depois da data prevista na decisão, ainda que esta tenha declarado a ilegitimidade do precedente. De outro lado, a admissão da retroatividade em relação apenas a um caso ou somente ao caso sob julgamento, faz com que todos os outros casos passados sejam tratados à luz do precedente, embora se declare que este não mais tem autoridade. Tais situações permitem o surgimento de resultados inconsistentes.

Esta última situação é exemplificada através do caso *Molitor v. Kaneland Community*. Trata-se de caso em que a Corte de Illinois revogou o precedente da “imunidade municipal”, responsabilizando o município pelos danos sofridos por Thomas Molitor em acidente de ônibus escolar. Nesta hipótese, decidiu-se que a nova regra não seria aplicada a casos anteriores, exceto o de Thomas – o caso sob julgamento. Contudo, mais tarde a Corte percebeu que teria que aplicar a nova regra a outras sete crianças – três delas irmãos de Thomas -, que também estavam no ônibus que se acidentara, em virtude de ter reconhecido que todas as crianças que viajavam no ônibus deveriam ser tratadas de igual forma.³⁴

³⁴ Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 128-129.

Por sua vez, a primeira hipótese, acima referida, é exemplificada mediante *Spaniel v. Mounds View School District* n. 621, em que a Corte de Minnessota revogou o precedente que conferia imunidade às unidades municipais, como cidades e distritos estudantis, recusando-se a aplicar a nova regra ao caso sob julgamento e declarando que os seus efeitos deveriam ficar contidos até o final da próxima legislatura de Minnessota.³⁵

Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra, fala-se em “prospective prospective overruling”. Ademais, como esclarece Eisenberg, alude-se a “pure prospective overruling” para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, restando a terminologia “prospective overruling” para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão.³⁶

Há outras situações intermediárias. Assim, em *Li v. Yellow Cab Co.*, a Suprema Corte da Califórnia revogou o precedente da “contributory negligence” pela regra da “comparative negligence”, deixando claro que a nova regra não seria aplicável aos casos com julgamento em curso. Em *Whitinsville Plaza*, relacionou-se a técnica do overruling prospectivo com a técnica da sinalização.³⁷ Ou seja, decidiu-se que a nova regra teria efeitos retroativos até a data da decisão em que houvesse ocorrido a sinalização. De fato, quando antes se estudou a técnica da sinalização, viu-se a similaridade desta técnica com o overruling prospectivo³⁸. Se mediante a técnica da sinalização, conquanto se deixe de revogar o precedente, adverte-se para a sua provável e próxima revogação, pouca diferença existiria em substituir tal técnica pela revogação imediata do precedente com efeitos prospectivos a partir de certa data futura. Portanto, quando se revoga o precedente, e sinalização anterior foi feita, é

³⁵ Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 128.

³⁶ Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 127-128.

³⁷ Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 128.

³⁸ Lembre-se que a Corte, em *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas*, afirmou que já havia sinalizado para a revogação do precedente firmado em *Norcross* no caso *Ouellette*, e, com base nisto, outorgou efeitos retroativos ao overruling, declarando que deveriam ser apanhados todos os negócios realizados após *Ouellette*. O overruling ditado em *Whitinsville* retroagiu até a decisão proferida em *Ouellette* porque a Corte entendeu que, a partir desta data, poder-se-ia racionalmente confiar na expectativa de que, na próxima ocasião adequada, a Corte iria revogar as decisões tomadas em *Shade* e em *Norcross*. Verifica-se aí nítida aproximação entre a técnica da sinalização e a do overruling com efeitos prospectivos.

coerente admitir a retroatividade da nova regra até a data da decisão sinalizadora ou até data em que se supõe que o sinal foi absorvido na comunidade jurídica.

Há um caso, sublinhado por Eisenberg, em que o prospective overruling possui grande importância para a consistência de resultados. Trata-se da hipótese em que a Corte possui motivos para acreditar que o overruling será revertido pelo legislativo, que dará melhor regulação à situação. Como a regra judicial criada com o overruling, em princípio, governa as relações que lhe são pretéritas, a menos que a decisão revogadora declare que os seus efeitos dirão respeito apenas ao futuro, nessa última hipótese o overruling poderá atingir as situações intermediárias entre o overruling e a regra legislativa ou ter os seus efeitos contidos até a data em que se presume que o legislativo terá criado a regra. Ao se declarar que a revogação vai produzir efeitos após a possível criação legislativa da regra, os efeitos do overruling somente serão produzidos caso o legislativo não atue. Foi o que aconteceu em Massachusetts, *Whitney v City of Worcester*, em que a Corte, utilizando a técnica da sinalização como substituto funcional do prospective overruling, afirmou a sua intenção de abrogar o precedente da imunidade municipal no primeiro caso por ela decidido após a conclusão daquela que seria a próxima sessão do Legislativo, caso este não houvesse atuado de modo a revogar o precedente³⁹.

Neste caso, é certo, não houve propriamente overruling com efeitos prospectivos, mas manutenção do precedente mediante a técnica da sinalização, anunciando-se a intenção de se proceder à revogação em caso de não atuação do legislativo. Note-se, porém, que existe maior efetividade em revogar desde logo o precedente, contendo-se os seus efeitos, pois nesta hipótese não haverá sequer como temer que o precedente continue a produzir efeitos, diante de uma eventual inação da Corte em imediatamente decidir como prometera ao fazer a sinalização.

De outra parte, o prospective overruling pode ainda trazer outros problemas, especialmente em suas feições de pure prospective overruling e de prospective prospective overruling. Se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despendida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo litigante que busca a tutela jurisdicional. Isto quer

³⁹ Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 131.

dizer que o uso do prospective overruling pode desestimular a propositura de ações judiciais contra determinados precedentes.⁴⁰

Ademais, o uso indiscriminado do pure prospective overruling e do prospective prospective overruling elimina a necessidade de os advogados analisarem como os precedentes estão sendo vistos pela doutrina e de que forma os tribunais vêm tratando de pontos correlatos com aqueles definidos na ratio decidendi do precedente. Quando se atribui efeito prospectivo à nova regra, impedindo-se a sua incidência em relação ao caso sob julgamento, resta eliminada qualquer possibilidade de a parte ser surpreendida pela decisão judicial, ainda que o precedente já tenha sido desautorizado pela doutrina e por decisões que, embora obviamente não tenham enfrentado de forma direta a questão resolvida no precedente, afirmaram soluções com ele inconsistentes. Deste modo, a investigação e análise do advogado sequer seria necessária, já que ao jurisdicionado bastaria a mera existência do precedente, pouco importando o grau da sua autoridade ou força e, assim, a possibilidade ou a probabilidade da sua revogação. Assim, o uso inadequado do prospective overruling, de um lado, torna desnecessária a análise de se a tutela da segurança jurídica e da confiança fundamentam a não-retroatividade dos efeitos do overruling, e, de outro, constitui obstáculo ao desenvolvimento do direito jurisprudencial. Na verdade, desta forma o direito deixaria de ser visto como algo em permanente construção, negando-se o fundamento que deve estar à base de uma teoria dos precedentes.

Deixe-se claro, por fim, que a doutrina de common law frisa que, em regra, a revogação deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, em especial quando há confiança justificada no precedente, é que se admite dar efeitos prospectivos ao overruling. E isto sem enfatizar-se que as Cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem consideração meticulosa, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou a sua fragilidade.⁴¹

⁴⁰ Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 131.

⁴¹ Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, cit., p. 132.

9. Os efeitos prospectivos das decisões que revogam precedentes no Brasil

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a modulação dos efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade não apenas em sede de controle concentrado⁴², mas

⁴² Na ADI n. 3615, a Corte julgou procedente a ação direta atribuindo à decisão de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*. Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 51 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DO ESTADO DA PARAÍBA. REDEFINIÇÃO DOS LIMITES TERRITORIAIS DO MUNICÍPIO DO CONDE. DESMEMBRAMENTO DE PARTE DE MUNICÍPIO E INCORPORAÇÃO DA ÁREA SEPARADA AO TERRITÓRIO DA MUNICIPALIDADE LÍMITROFE, TUDO SEM A PRÉVIA CONSULTA, MEDIANTE PLEBISCITO, DAS POPULAÇÕES DE AMBAS AS LOCALIDADES. OFENSA AO ART. 18, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Para a averiguação da violação apontada pelo requerente, qual seja, o desrespeito, pelo legislador constituinte paraibano, das exigências de consulta prévia e de edição de lei estadual para o desmembramento de município, não foi a norma contida no art. 18, § 4º, da Constituição Federal substancialmente alterada, uma vez que tais requisitos, já existentes no seu texto primitivo, permaneceram inalterados após a edição da EC 15/96. Precedentes: ADI 458, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.98 e ADI 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, Informativo STF 316. 2. Afastada a alegação de que a norma impugnada, sendo fruto da atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, o exercício do poder constituinte deferido aos Estados-membros está subordinado aos princípios adotados e proclamados pela Constituição Federal. Precedente: ADI 192, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.09.01. 3. Pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da Carta Magna. Precedente: ADI 2.994, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 04.06.04. A esse rol de instrumentos ineficazes que buscam driblar a exigência de plebiscito expressa no art. 18, § 4º, da Constituição Federal, soma-se, agora, este de emenda popular ao projeto de Constituição estadual. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente, com a aplicação de efeitos *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99” (STF, ADI n. 3615, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 09.03.2007). É importante registrar parte do voto da Ministra Relatora, Ellen Gracie: “Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitucionalidade do art. 51 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado da Paraíba. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, proponho, porém, a aplicação *ex nunc* dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei 9.868/99. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do Diploma dificilmente é desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos *ex tunc*. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos *ex tunc* não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas,

também difuso. Quando se considera a modulação de efeitos no controle difuso, é possível perceber, com maior facilidade, a distinção entre atribuir efeitos prospectivos à decisão que fulmina lei inconstitucional e à decisão que revoga precedente de natureza constitucional.

Não há dúvida que as decisões proferidas em recurso extraordinário produzem eficácia vinculante em relação aos seus motivos determinantes, assim como as decisões prolatadas em controle concentrado. Como é óbvio, para se admitir a eficácia vinculante no controle difuso não é preciso argumentar que a eficácia vinculante é viável no controle concentrado. Da mesma forma, a circunstância de ser possível atribuir efeito prospectivo à decisão de procedência na ação direta de inconstitucionalidade nada tem a ver com a viabilidade de se atribuir efeitos prospectivos à decisão proferida em sede de recurso extraordinário. Ou melhor, a modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é consequência lógica da possibilidade de se atribuir efeitos prospectivos às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.

Atribuir eficácia vinculante aos fundamentos determinantes da decisão é o mesmo que conferir autoridade aos fundamentos da decisão em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Esses ficam vinculados ou obrigados em face dos fundamentos da decisão, ou seja, diante da *ratio decidendi* do precedente. De modo que a técnica da obrigatoriedade do respeito aos fundamentos determinantes é utilizada para atribuir força ou autoridade aos precedentes judiciais, e não, obviamente, para simplesmente reafirmar a teoria da nulidade do ato inconstitucional.

Da mesma forma, a modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é tributária da possibilidade de se modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no controle concentrado. Ou seja, o poder de modular os efeitos das decisões em sede de controle difuso deriva exclusivamente dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança justificada e não da necessidade de harmonizar a aplicação dos princípios da nulidade do ato inconstitucional e da

principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade” (STF, ADI n. 3615, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 09.03.2007).

segurança jurídica.

Aliás, a declaração de inconstitucionalidade, proferida em recurso extraordinário, embora possa ter eficácia vinculante, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário, não elimina a norma do ordenamento jurídico, que resta, por assim dizer, em estado latente. É certamente possível que a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de determinada norma seja um dia contrariada, pelas mesmas razões que autorizam a revogação de precedente constitucional ou dão ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar inconstitucional norma que já afirmou constitucional. Trata-se do mesmo “processo” em que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte “ressuscita” a lei que era vista como *dead Law*, por já ter sido declarada inconstitucional.

Na verdade, em sede de controle difuso o Supremo Tribunal Federal sempre tem a possibilidade de - a partir de critérios rígidos - negar os fundamentos determinantes das suas decisões, sejam elas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Porém, como a revogação de um precedente institui nova regra, a ser observada pelos demais órgãos judiciários, é pouco mais do que evidente a possibilidade de se violentar a segurança jurídica e a confiança depositada no próprio tribunal. Quando não há indicações de que o precedente será revogado, e, assim, há confiança justificada, não há razão para tomar de surpresa o jurisdicionado, sendo o caso de atribuir efeitos prospectivos à decisão, seja ela de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

Embora a viabilidade de outorgar efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade esteja expressa no art. 27 da Lei n. 9868/99⁴³, é indiscutível que esta possibilidade advém do princípio da segurança jurídica, o que significa que, ainda que se entendesse que tal norma se aplica apenas ao controle concentrado, não haveria como negar a possibilidade de se modular os efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário⁴⁴.

⁴³ Lei n. 9868/99, Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴⁴ Ver Ana Paula Ávila, *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

Frise-se, porém, que a necessidade de modulação em controle difuso decorre da preocupação em não atingir as situações que se formaram com base no precedente e não da imprescindibilidade em proteger as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional.

Contudo, no Brasil a técnica dos efeitos prospectivos foi pensada a partir da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. Vale dizer, para tutelar a segurança jurídica, mas em virtude do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Daí não se ter percebido, com maior nitidez, a imprescindibilidade da adoção desta técnica em sede de controle difuso.

O mais importante, entretanto, é que certamente não se pensa em confiança justificada para se dar efeitos prospectivos na hipótese de decisão de inconstitucionalidade. Só há razão para investigar se a confiança é justificada em se tratando de revogação de precedente. É apenas aí que importa verificar se havia, na academia e nos tribunais, manifestações que evidenciavam o enfraquecimento do precedente ou apontavam para a probabilidade da sua revogação, a eliminar a confiança justificada. De modo que, nesta situação, tutela-se o passado em nome da confiança que se depositou nas decisões judiciais, enquanto que, no caso de decisão de inconstitucionalidade, tutela-se excepcionalmente as situações que se formaram na vigência da lei declarada inconstitucional. Em verdade, os fundamentos para se dar efeitos prospectivos, em cada um dos casos, são diferentes. Os fundamentos bastantes para se dar efeitos prospectivos na hipótese de revogação de precedente estão longe das “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, aptas a justificar efeitos prospectivos em caso de decisão de inconstitucionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça também tem o dever de trabalhar com a técnica da modulação de efeitos. No julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 738.689, o Superior Tribunal de Justiça perdeu grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um Tribunal incumbido de dar unidade ao direito federal.⁴⁵ Pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/99 faça referência expressa apenas

⁴⁵ Restou consignado na ementa do acórdão que julgou este caso o seguinte: “Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados” (STJ,

às decisões de inconstitucionalidade. Ora, a limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais. Os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico - e, assim, irradiadores de confiança justificada -, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica é à confiança nos atos do Poder Público. Ou seja, a modulação dos efeitos ou a limitação dos efeitos retroativos das decisões certamente não podem servir apenas às decisões de inconstitucionalidade. Na verdade, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é um dos aspectos que se insere na questão relativa à tutela da segurança diante das decisões judiciais.

Aliás, mesmo que o art. 27 não existisse, o Supremo Tribunal Federal poderia e deveria limitar, quando necessário, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, bastando argumentar com base na Constituição Federal. Uma norma, afirmando a possibilidade da limitação dos efeitos retroativos das decisões revogadoras de precedentes - ou, caso se queira em outros termos, de jurisprudência consolidada e pacífica - no Superior Tribunal de Justiça, jamais poderia ser vista como resultado de “livre opção” do legislador infraconstitucional. Tal norma é imprescindível para o legislador cumprir com o seu dever de tutela da confiança justificada nos atos do Poder Público. O que significar dizer que a inexistência desta norma configura “falta de lei”, devendo, por isso, necessariamente ser suprida pelo Poder Judiciário diante dos casos concretos. Como o Judiciário não pode prestar adequada tutela jurisdicional sem limitar os efeitos da decisão que revoga precedente - deixa de lado jurisprudência pacífica ou, o que é o mesmo, inaugura nova compreensão de dada situação jurídica -, não há como subordinar a sua decisão, de limitação dos efeitos retroativos, à existência de lei. Na realidade, a possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder de julgar conferido aos Tribunais Superiores.⁴⁶

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL n. 738.689, 1ª. Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22/10/2007).

⁴⁶ “Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do princípio da segurança jurídica. Logo, mesmo que inexistisse o art.

Não é correto supor que, para a proteção da confiança, basta apenas limitar os efeitos retroativos da decisão, sem dissociar os atos que foram e não foram praticados com base em confiança justificada. Portanto, pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/99 tenha se referido apenas à limitação dos efeitos retroativos, sem dizer que os atos praticados no passado podem ser diferenciados. Ora, é da essência da limitação de efeitos em nome da proteção da confiança a discriminação de atos que não foram praticados com base em confiança justificada, e que, assim, não devem ser ressalvados dos efeitos retroativos da decisão.

Ademais, excetuar alguns atos e sujeitos dos efeitos retroativos de uma decisão não significa dar efeitos prospectivos à lei que se declarou revogada, ainda que tal decisão tenha reconhecido que, na época da prática dos atos, a lei não deveria produzir efeitos. Ora, se, no momento em que os atos foram praticados, o Poder Judiciário afirmava que a lei estava em vigor, inegavelmente existia “norma jurídica” para orientar os jurisdicionados. Se esta norma é revogada por norma posteriormente emanada do próprio Poder Judiciário, a nova norma não pode retroagir para apanhar as situações que se consolidaram à época em que era justificada a confiança na norma judicial revogada. De modo que, limitar os efeitos de decisão, para preservar atos praticados com base em lei declarada revogada, não é usurpar o poder do legislador,

27, da Lei 9.868/99, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia. Tal se dá, a nosso ver, na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, com repercussões seja no Erário, seja no patrimônio de grande número de empresas. (...) Sempre com apoio no princípio da segurança jurídica, estamos convencidos de que também no controle difuso de constitucionalidade, o STF detém a aptidão para, na salvaguarda dos princípios constitucionais, máxime o da segurança jurídica, apontar a prospectividade, evitando, assim, a fulminante e por vezes formidável eficácia ‘ex tunc’. (...) Assentadas estas premissas, podemos avançar em nosso raciocínio indagando: e os demais Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e TSE) podem, à míngua de uma lei formal expressa, manter os efeitos da antiga e arraigada jurisprudência, quer em relação à causa agora julgada em sentido oposto, quer às demais, que ainda tramitam, quer, finalmente, a todas as pessoas que estavam a pautar sua conduta de acordo com aquilo que, sem nenhuma hesitação, o próprio Poder Judiciário considerava correto e adequado? Agora respondemos que sim, em que pese a inexistência de autorização em meio técnico-processual expresso. Sempre o auto-aplicável princípio constitucional da segurança jurídica impõe o período de transição que estamos a aludir...” (Roque Antonio Carrazza, *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudências – Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas*, in *Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ*, São Paulo, Manole, 2009, p. 67-68).

mas proteger a confiança justificada no Poder Judiciário. Trata-se, em verdade, de um ato de autotutela do próprio Judiciário.

Frise-se, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela irretroatividade de decisão revogadora de precedente. Há caso exemplar que merece ser lembrado. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus n. 83.255/SP, alterou a regra judicial a respeito do prazo recursal para o Ministério Público, que desde então passou a ser contado a partir da data da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça acompanhou a nova orientação do Supremo Tribunal Federal.

Naturalmente, porém, surgiu o problema relacionado com os recursos que haviam sido interpostos à época em que prevalecia o entendimento anterior. Nos recursos especiais que se basearam na alteração do entendimento acerca da contagem do prazo recursal, o Superior Tribunal de Justiça preservou a tempestividade dos recursos que se fundaram na regra judicial - ou no entendimento jurisprudencial - que ainda prevalecia quando da interposição, não admitindo a retroatividade do novo entendimento para descaracterizar a tempestividade recursal. Veja-se, neste sentido, julgado da 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça: “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”.⁴⁷

Essa decisão merece um único reparo. Pouco importa se a parte recorrente representa e defende o interesse público. Não é possível retroagir entendimento novo para o efeito de prejudicar quem quer que tenha praticado ato em confiança em precedente ou em jurisprudência pacífica.

A sua importância, entretanto, transcende este ponto, pois demonstra que um Tribunal cuja missão é a de atribuir unidade ao direito federal deve estar consciente de que a revogação de um precedente - ou de um entendimento jurisprudencial - tem significado muito mais amplo ao de uma simples decisão judicial.⁴⁸ A revogação de precedente, ao alterar o entendimento da Corte a respeito da interpretação da lei federal, tem grande impacto sobre as situações levadas a efeito sob o império do precedente revogado. De forma que exige do Tribunal, em primeiro lugar, a análise acerca da existência de “confiança justificada”. Lembre-se que nem todo precedente gera confiança, capaz de legitimar a conduta praticada. Depois, há que se verificar se o ato ou a conduta realmente derivam da confiança que se depositou no precedente.

Assim, tomando-se como exemplo o caso do “prazo do Ministério Público”, caberia perguntar se, à época da interposição do recurso, existiam manifestações jurisprudenciais e da doutrina no sentido de que o prazo deveria ser contado a partir da

⁴⁷ STJ, HC 28.598/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01/08/2005.

⁴⁸ A própria Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de declarar que este Tribunal “foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso *com a justiça e a segurança*” (STJ, AgRG nos EResp 228432, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.03.2002).

entrada dos autos na dependência da Instituição ou firmando o entendimento de que não seria razoável subordinar o início do prazo à boa vontade do Ministério Público. Se o Superior Tribunal de Justiça, ainda que sem expressamente decidir que o prazo deveria ser contado a partir da entrada dos autos no Ministério Público, já tinha sinalizado para este entendimento ou já havia decidido com base em distinção inconsistente - considerando, por exemplo, que o prazo do Ministério Público, para a indicação de testemunhas ou de quesitos periciais, deveria ser contado a partir da entrada dos autos na Instituição ou que o prazo para a interposição de recurso, no processo civil, deveria obedecer a tal lógica, a autoridade do precedente, assim com a confiança que nele poderia ser depositada, estariam abaladas.

Observe-se, no entanto, que a proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais constitui dever dos Tribunais Superiores, pelo que a limitação dos efeitos das decisões que revogam precedentes ou jurisprudência consolidada sequer está à discrição do Superior Tribunal de Justiça. Esse Tribunal, para dar cumprimento a sua missão constitucional de dar unidade ao direito federal, tem o dever de utilizar a técnica da limitação dos efeitos retroativos, como todo tribunal que, ao decidir, fixa normas que orientam a conduta dos jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade para trabalhar e viver.

10. A impossibilidade de a decisão de inconstitucionalidade atingir a coisa julgada à luz do significado da decisão jurisdicional no Estado Constitucional⁴⁹

Ainda que a decisão de inconstitucionalidade declare a nulidade da lei e não a nulidade da decisão que aplicou a lei, há quem argumente que a declaração da nulidade da lei fulmina, por mera consequência lógica, a validade da decisão baseada na lei declarada inconstitucional.⁵⁰

Este raciocínio está ancorado na idéia de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade da lei. A adoção da teoria chiovendiana da jurisdição, segundo a qual o juiz

⁴⁹ Para aprofundar, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª. Ed., São Paulo: Ed. RT, 2011.

⁵⁰ Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993, *passim*.

atua a vontade concreta da lei, realmente pode conduzir à suposição de que a decisão de inconstitucionalidade deve invalidar a sentença que “atuou a vontade da lei” posteriormente declarada inconstitucional.

Lembre-se que Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”.⁵¹ Ora, esta passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal está na lei e que, desta forma, a jurisdição somente se manifesta a partir da revelação da vontade do legislador.

É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isto, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Lembre-se que, para Kelsen – certamente o grande projetor dessa última teoria –, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença).⁵²

Chiovenda é um claro adepto da doutrina que, inspirada no Iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o Legislativo criava as normas gerais e o Judiciário as aplicava. Enquanto o Legislativo constituía o poder político por excelência, o Judiciário, visto com desconfiança, resumia-se a um corpo de profissionais que nada podia criar.⁵³

De modo que não se pode confundir *aplicação da norma geral ao caso concreto* com *criação da norma individual do caso concreto*. Quando se sustenta, na linha da

⁵¹ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1943, v. 2, p. 55.

⁵² Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990, p. 165; ver Ulises Schmill Ordóñez, Observaciones a “inconstitucionalidad y derogación”, *Revista Discusiones*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2001, p. 79-83; Carlos Santiago Nino, El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 7-40.

⁵³ Eugenio Bulygin, Los jueces crean derecho?, texto apresentado ao XII Seminário Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Unam, p. 8.

lição de Kelsen, que o juiz cria a norma individual, admite-se que o direito é o conjunto das normas gerais e das normas individuais e, por consequência, que o direito também é criado pelo juiz.⁵⁴

Porém, mesmo a criação da norma individual, no sentido kelseniano, não significa que o juiz, ao criar a norma concreta, possa fazer outra coisa que não aplicar a norma geral. Para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução da sentença, pois a primeira seria pura criação e a segunda pura aplicação do direito.⁵⁵ Nessa linha, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual.⁵⁶

Sabe-se que a teoria de Kelsen afirma a idéia de que toda norma tem como base uma norma superior, até se chegar à norma fundamental, posta no ápice do ordenamento. De modo que a norma individual, fixada na sentença, liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes.⁵⁷

⁵⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, 1934, p. 3-5, 197, 237; em senso crítico, Horst Dreier, Hans Kelsen (1881-1973) – Jurist des Jahrhunderts? *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München, Siebeck, 1993, p. 705-733.

⁵⁵ Cf. Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho?*, cit., p. 10.

⁵⁶ “Criar uma norma é, portanto, ao mesmo tempo, aplicar uma outra norma; o mesmo ato é, simultaneamente, de criação e de aplicação do direito” (Hans Kelsen, *Teoria geral do estado*, Coimbra, Armênio Amado, 1945, p. 105); ver, também, Hans Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la constitution. La justice constitutionnelle*, *Revue de Droit Public*, 1928, p. 204.

⁵⁷ Hans Kelsen, *Teoria geral do estado*, cit., p. 109 e ss. “El tribunal tiene que declarar la existencia de tal norma del mismo modo que está obligado a establecer la existencia del acto violatorio. Pero no solo los tribunales: todos los órganos jurídicos se encuentran en la necesidad de decidir si la norma que ‘prima facie’ les exige ejecución es una norma perteneciente al orden jurídico. Para ello, colocándose en el punto de vista interno o imanente al derecho, tiene que determinar si la norma respectiva es una norma existente y regular, si ha sido creada con arreglo a los procedimientos y con los contenidos establecidos por las normas condicionantes (superiores)” (Ulises Schmill Ordóñez, *Observaciones...*, cit., p. 109); “La norma básica de Kelsen establece la obligatoriedad de un sistema jurídico; su identidad está determinada por un criterio que toma en cuenta el hecho de que la misma norma básica es presupuesta cuando adscribimos obligatoriedad a todas las normas del sistema. De cualquier manera, como criterio de identidad el anterior es vacuo, ya que el contenido de cada norma básica (y, consecuentemente, su propia

No Estado Constitucional brasileiro, em que o juiz tem o dever de interpretar a lei de acordo com a Constituição e de realizar o controle da constitucionalidade no caso concreto, certamente não há como sustentar que a jurisdição atua a vontade da lei, na linha proposta por Chiovenda, ou mesmo se limita a criar a norma concreta, nos termos da teoria de Kelsen e das doutrinas de Carnelutti⁵⁸ e Calamandrei.⁵⁹

Nas teorias clássicas, o juiz declara a lei ou cria a norma individual a partir da norma geral.⁶⁰ Atualmente, cabe ao juiz o dever-poder de elaborar ou construir a

identidad) no puede ser establecido, en el contexto de la teoría de Kelsen, antes de circunscribir las normas que pertenecen al sistema jurídico. (...) Si se dan por correctas las objeciones precedentes, sería el caso de preguntarse cuáles son los obstáculos que Kelsen pretende superar integrando a su teoría la hipótesis de autorización abierta que hemos examinado. Es obvio que el concepto de validez que la teoría pura parece formular, en forma explícita, implica trivialmente que no son válidas aquellas normas que contradicen las condiciones para su creación prescriptas por normas de nivel superior. Por otra parte, esa supuesta definición kelseniana de 'validez' es incompatible con el reconocimiento de que la validez o invalidez de una norma dependa de la declaración en uno u otro sentido por un órgano competente" (Carlos Nino, El concepto..., cit., p. 14 e 35).

⁵⁸ As concepções de “justa composição da lide”, de Carnelutti, e de “atuação da vontade concreta do direito”, de Chiovenda, são ligadas a uma tomada de posição em face da teoria do ordenamento jurídico, ou melhor, à função da sentença diante do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. Carnelutti, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes. Para Carnelutti, a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto, na teoria de Chiovenda, a sentença é externa (está fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adequada da teoria unitária, e a segunda, da teoria dualista do ordenamento jurídico, sendo que estas teorias também são chamadas de constitutiva (unitária) e declaratória (dualista).

⁵⁹ Dizia Calamandrei que “a lei abstrata se *individualiza por obra do juiz*” (Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, Morano, 1970, p. 156). Isto ocorreria após o término do processo, quando a sentença não pudesse mais ser discutida, ocasião em que não se admitiria mais nem falta de certeza nem conflito sobre a relação jurídica julgada. Eis a lição do mestre italiano: “*Assim como a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida (dura lex sed lex)*, assim também a sentença, uma vez transitada em julgado, vale não porque seja justa, senão porque tem, para o caso concreto, a mesma força da lei (*lex specialis*). Em um certo ponto, já não é legalmente possível examinar se a sentença corresponde ou não à lei: a sentença é a lei, e a lei é a que o juiz proclama como tal. *Mas com isto não se quer dizer que a passagem à coisa julgada crie o direito: a sentença (ou a coisa julgada material ou declaração de certeza), no sistema da legalidade, tem sempre caráter declarativo, não criativo do direito*” (Piero Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 158).

⁶⁰ Não é mais possível supor que as decisões judiciais são produzidas a partir de simples atos

decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição e o controle da constitucionalidade.

A decisão transitada em julgado, assim, não pode ser invalidada como se constituísse mera declaração ou aplicação da lei, mais tarde pronunciada inconstitucional. A decisão judicial é o resultado da interpretação de um juiz dotado de dever de controlar a constitucionalidade no caso concreto, e, portanto, não pode ser pensada como uma decisão que se limita a aplicar uma lei posteriormente declarada inconstitucional.

Como escreve Proto Pisani, é possível dizer que a coisa julgada material opera como *lex specialis*, separando a disciplina do direito feito valer em juízo da norma geral e abstrata, daí decorrendo a inoperatividade do *ius superveniens* retroativo sobre a *fattispecie* concreta de que deriva o direito objeto da coisa julgada, e ainda a inoperatividade da superveniente declaração de inconstitucionalidade da norma geral e abstrata sobre a qual se decidiu.⁶¹

A sentença que produziu coisa julgada material, por constituir uma norma elaborada por um juiz que tem o dever de realizar o controle difuso da constitucionalidade, não pode ser invalidada por ter se fundado em lei posteriormente declarada inconstitucional. Note-se que isto equivaleria à nulificação do *juízo de constitucionalidade*, e não apenas à nulificação da *lei* declarada inconstitucional. Impedir que a lei declarada inconstitucional produza efeitos é muito diferente do que negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado pela própria Constituição.

Proteger a coisa julgada não significa permitir que, no plano substantivo, um ato inconstitucional produza efeitos. Recorde-se que o direito português também consagra o controle difuso da constitucionalidade. Bem por isto, a Constituição da República portuguesa afirma, no seu art. 282, 3, que, diante da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, “ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo

de subsunção. V. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 4. ed., Petrópolis, Vozes, 2002, v. 1, p. 490.

⁶¹ Andrea Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 390.

menos favorável ao argüido”. Como esclarece Miguel Galvão Teles, esta norma não está admitindo que um ato inconstitucional produza efeitos, mas apenas salvaguardando “juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade, diferentes do juízo que veio a prevalecer na decisão com efeito geral”.⁶² Argumenta Galvão Teles que “o respeito dos casos julgados não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a uma lei que determinado juízo teve por constitucional, melhor, reconhecer efeitos ao juízo da constitucionalidade. Para a jurisdição, o direito substantivo converte-se sempre numa *incógnita* e a autonomia de cada decisão torna possível que essa incógnita seja resolvida de maneiras diferentes. O n. 3 do art. 282 respeita apenas ao âmbito da eficácia geral da decisão de inconstitucionalidade”.⁶³

Paulo Otero, autor de um polêmico livro sobre a “coisa julgada inconstitucional”, sustenta que o princípio da imodificabilidade do caso julgado “foi pensado para decisões judiciais conformes com o Direito ou, quando muito, decisões meramente injustas ou ilegais em relação à legalidade ordinária”.⁶⁴ Assim, a primeira parte do n. 3 do art. 282 da Constituição da República portuguesa seria uma exceção à retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, constituindo uma derrogação do “princípio de que a validade de todos os atos do poder público depende da sua conformidade com a Constituição (= princípio da constitucionalidade), permitindo que passem a ser válidos casos julgados inconstitucionais, desde que à data da respectiva decisão judicial a norma aplicada não tivesse sido objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral”.⁶⁵

É difícil admitir a conclusão de que a imodificabilidade da coisa julgada tenha sido pensada para decisões “conformes com o direito”. Na verdade, e isto é pacífico no plano da doutrina processual, a proteção à coisa julgada nada tem a ver com a circunstância de a decisão estar ou não em conformidade com o direito, aí compreendidas as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais. A

⁶² Miguel Galvão Teles, *Inconstitucionalidade pretérita, Nos dez anos da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987, p. 329. V., ainda, Miguel Galvão Teles, *Temporalidade jurídica e Constituição, 20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra Ed., 2000, p. 226. e ss.

⁶³ Miguel Galvão Teles, *Inconstitucionalidade pretérita*, cit., p. 329.

⁶⁴ Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 120.

⁶⁵ *Idem*, p. 89.

imodificabilidade da coisa julgada é característica da própria coisa julgada, instituto imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado Constitucional, além de garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional, corolário do direito fundamental de ação e do princípio da proteção da confiança.⁶⁶

Além disto, a previsão da primeira parte do n. 3 do art. 282 da Constituição portuguesa não pode ser vista como uma norma indispensável à validade da coisa julgada inconstitucional, como se a decisão fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional não tivesse validade em si, enquanto decisão firmada por juiz que, no exercício do controle difuso da constitucionalidade, proferiu decisão válida e produtora de efeitos jurídicos.⁶⁷ É evidente que a decisão fundada em lei mais tarde declarada inconstitucional é decisão válida, produtora de efeitos jurídicos, enquanto expressão do poder em que o juiz é investido no sistema que adota o controle difuso da constitucionalidade. Portanto, ao contrário do que imagina Paulo Otero, o n. 3 do art. 282 não constitucionaliza o inconstitucional, mas ressalva as interpretações judiciais – legitimamente proferidas pelo juiz ordinário – distintas da decisão de declaração de

⁶⁶ Observa João Calvão da Silva, aludindo ao art. 282, n. 3, da Constituição portuguesa, que “a eficácia retroativa atribuída à declaração de inconstitucionalidade não é absoluta. *Exigências práticas sobretudo de certeza e segurança da vida intersubjetiva*, da vida dos interesses reais do tráfico que o direito tem por missão servir, a isso se opõem, ditando limites à eficácia no tempo da sentença constitucional que declarar a ilegitimidade de uma norma. O grande limite à retroatividade é o do *caso julgado*, cuja proteção é, pode dizer-se, comum a todos os ordenamentos jurídicos, com um coro unânime de apoio na doutrina e na jurisprudência” (João Calvão da Silva, *Estudos de direito civil e processo civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 211). Demonstra Canotilho, “quando a Constituição [portuguesa] (art. 282.º, 3) estabelece a ressalva dos casos julgados, isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são *nulas* nem *reversíveis* em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram *força de caso julgado*. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem *efeito constitutivo* da intangibilidade do caso julgado. (...) Em sede do Estado de Direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 1.004).

⁶⁷ Como deixa claro João Calvão da Silva, “o respeito expresso pelo caso julgado na Constituição [portuguesa] é, pois, conforme aos princípios gerais. Por isso, ainda que o mesmo não fosse consagrado na Lei Fundamental, igual resultado seria atingido através do recurso às regras gerais do caso julgado e sua razão de ser” (João Calvão da Silva, *Estudos de direito civil e processo civil*, cit., p. 212).

inconstitucionalidade.

Ademais, a admissão do raciocínio de Otero obrigaria aceitar a idéia de que o juiz e o tribunal, embora tenham o dever-poder de realizar o controle difuso da constitucionalidade, sempre têm a sua decisão condicionada a um evento imprevisível. Como é óbvio, exatamente porque não há como pensar em uma decisão provisoriamente estável – o que seria uma contradição em termos –, não se pode raciocinar como se fosse possível conceber uma coisa julgada subordinada a uma não-decisão de inconstitucionalidade. Aliás, caso isto fosse possível, o controle difuso da constitucionalidade certamente seria uma ilusão, para não dizer que seria uma excrescência, pois a decisão tomada no caso concreto ou estaria de acordo com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal, e assim teria validade, ou não estaria, e portanto seria nula. A qualidade e a efetividade do sistema difuso estariam na capacidade de o juiz ordinário “adivinhar” a interpretação futura do Supremo Tribunal Federal.

Porém, a fragilidade da construção de Paulo Otero fica ainda mais clara quando se analisa a sua objeção à doutrina de Miguel Galvão Teles – no presente texto antes transcrita –, para quem o n. 3 do art. 282 reconhece “efeitos a uma lei que determinado *juízo teve por constitucional*”. Ao tentar rebater este argumento, escreve Paulo Otero: “Desde logo, toda a construção de Miguel Galvão Teles tem como pressuposto que a decisão inconstitucional que transitou em julgado tenha sido objeto de uma apreciação de constitucionalidade. Ora, *pode bem suceder que sejam ressaltados casos julgados onde nunca foi suscitada ou levantada qualquer questão de inconstitucionalidade da norma aplicada*, de tal modo que não se possa dizer que o art. 282, n. 3, esteja a ‘salvaguardar juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade’”.⁶⁸

A rejeição da doutrina de Galvão Teles, feita por Paulo Otero, centra-se sobre um ponto que, bem vistas as coisas, apenas confirma a tese que pretendeu desacreditar. Note-se que Paulo Otero, na passagem em que impugnou a tese de Galvão Teles, não nega a importância da ressalva das interpretações constitucionais diferentes da afirmada na decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei com força geral, mas afirma que pode haver coisa julgada em que, apesar de ter sido aplicada a lei

⁶⁸ Paulo Otero, Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, cit., p. 86.

posteriormente declarada inconstitucional, não tenha sido “*suscitada ou levantada qualquer questão de inconstitucionalidade da norma aplicada*”.⁶⁹

A circunstância de a questão de inconstitucionalidade não ter sido suscitada ou levantada não torna a decisão produtora de coisa julgada, proferida na via incidental, indiferente à questão constitucional, como se o juiz ordinário não tivesse o dever de controlar a constitucionalidade da lei, independentemente de argüição da parte. Ora, é inquestionável, em um sistema de controle difuso, o *dever de o juiz controlar, de ofício, a constitucionalidade da lei*. Trata-se de noção assente desde as origens do *judicial review* no *Rule of Law* estadunidense,⁷⁰ que se encontra à base da conformação do Estado Constitucional brasileiro.⁷¹ Assim, a decisão que aplicou uma lei inconstitucional, mesmo que sem juízo explícito acerca da questão constitucional, impede que a questão constitucional possa vir a ser suscitada para infirmar a decisão conferida ao litígio. Isto é impossível à luz da eficácia preclusiva da coisa julgada material, e, portanto, da técnica garantidora da estabilidade das decisões judiciais. Frise-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada é afirmada no art. 489 do Código de Processo Civil português, de onde a doutrina lusitana extrai a máxima segundo a qual “o caso julgado cobre o deduzido e o dedutível”.⁷²

Mas o que mais causa impacto é que, no raciocínio de Paulo Otero, não há contestação da importância da ressalva das interpretações constitucionais diversas, mas apenas alegação de que poderia eventualmente ocorrer a preservação da coisa julgada sem que houvesse sido feita qualquer interpretação acerca da questão de inconstitucionalidade. Acontece que a razão de ser do raciocínio de que a decisão proferida na via incidental deve prevalecer, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade com força geral obrigatória, está no dever-poder judicial para o controle difuso da constitucionalidade e na circunstância de que o exercício deste poder gera uma interpretação judicial legítima, que deve ser preservada.

⁶⁹ Idem, *ibidem*.

⁷⁰ Ronald Rotunda, *Modern constitutional law – Cases and notes*, 6. ed., St. Paul, West Group, 2000, p. 9.

⁷¹ Hermes Zaneti Jr., *Processo constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 11-12.

⁷²V. João de Castro Mendes, *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*, Lisboa, Ática, 1968, p. 176 e ss.

Tudo isto quer dizer que a declaração de inconstitucionalidade, proferida na ação direta dirigida ao Supremo Tribunal Federal, é o resultado de uma ação voltada ao controle da constitucionalidade da lei, e, assim, não pode nulificar as decisões que versaram explicitamente sobre a constitucionalidade da lei ou simplesmente a aplicaram, uma vez que a decisão no caso concreto, por ser o reflexo do dever-poder judicial de controle difuso da constitucionalidade, é legítima em si, independentemente da sua substância, exceto quando aplica lei flagrantemente inconstitucional (caso em que cabe ação rescisória) ou aplica lei ou adota interpretação já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal.

Além disto, como a decisão não mais se limita a declarar ou a aplicar a lei, como acontecia à época do Estado Legislativo, mas constitui a norma jurídica do caso concreto, fruto do dever judicial de interpretar a lei de acordo com os direitos fundamentais e de realizar o controle da constitucionalidade na via incidental, não há como supor que a declaração de inconstitucionalidade da lei possa gerar, por mera conseqüência, a inconstitucionalidade da coisa julgada.⁷³ Ora, esta conclusão seria tributária da idéia de que o juiz é a boca da lei, nos termos do ditado de Montesquieu.⁷⁴ Sucede que, como ressalta Rui Medeiros, não é isso que se passa na ordem jurídica

⁷³ “Storicamente la caratteristica del giudicato sostanziale è stata da sempre colta in queste due principi: a) il giudicato copre il dedotto e il deducibile; b) il giudicato prevale rispetto allo *ius superveniens* retroattivo (e, oggi, alla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma sulla cui base è stato giudicato)” (Andrea Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile...*, cit., *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 389).

⁷⁴ Para explicar como funciona uma Constituição na qual o poder controla o poder, Montesquieu deve indicar os poderes; deve estabelecer quais e quantos são os poderes que, em uma Constituição voltada a garantir a liberdade do cidadão, são predispostos de modo a propiciar um mútuo controle. Neste momento, ele enuncia uma tese extremamente importante na história das doutrinas jurídicas: os poderes não são diversos nos diferentes Estados, mas são sempre e somente três. São eles: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil. O poder “executivo das coisas que dependem do direito civil” também é chamado de “poder de julgar”; é neste momento, aliás, que a expressão “poder de julgar”, ou “poder judiciário”, se incorpora ao vocabulário jurídico-político. O “poder de julgar” é exercido através de uma atividade puramente intelectual, e não produtiva de “direitos novos”. *Esta atividade não é apenas limitada pela legislação, mas também pela atividade executiva que, objetivando a segurança pública, abarca igualmente a atividade de execução material das decisões que constituem o conteúdo do “poder de julgar”.* Não é por razões diversas que Montesquieu acaba por afirmar que o “poder de julgar” é, “de qualquer modo, um poder nulo” (cf. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 287-291).

contemporânea, pois “cabe aos tribunais não apenas um poder decorrente do Legislativo (o de continuar em concreto os comandos destes), mas um poder próprio, *ius proprium*. Daí que, quando se aceita a validade da sentença injusta, a conclusão se funde no poder soberano dos tribunais e não no valor da lei que na realidade não corporiza”.⁷⁵

⁷⁵ Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Ed., 1999, p. 551-552.