

EFICÁCIA TEMPORAL DA REVOGAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

LUIZ GUILHERME MARINONI

Pós-Doutor na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University. Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual

Resumo: A autoridade dos precedentes dos Tribunais Superiores, e a sua consequente importância para a coerência da ordem jurídica para a estabilidade do Direito, exige que se dê especial atenção à revogação da jurisprudência consolidada destes Tribunais para evitar que o jurisdicionado seja surpreendido por uma surpresa injusta ou tenha violada a confiança justificada que depositou nas decisões do Poder Judiciário. Este texto se propõe a analisar a técnica dos efeitos prospectivos das decisões que revogam precedentes, demonstrando a sua imprescindibilidade para a tutela da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente – Overruling – Segurança jurídica – Confiança justificada – Efeitos prospectivos.

Abstract: The authority of precedents from the Superior Courts, and its consequent importance for the coherence of the legal order and the stability of law, demands that we give special attention to the overruling of settled case law of these Courts in order to avoid people from being surprised by an "unfair surprise" or having violated their "justified reliance" deposited in the decisions of the Judiciary. This paper aims to analyze the technique of prospective effects of the decisions which overrule precedents, demonstrating their indispensability to the protection of legal certainty.

Keywords: Precedent – Overruling – Legal certainty – Justified reliance – Prospective effects.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A questão nos Estados Unidos – 3. Diferentes razões para tutelar a segurança jurídica: decisão de inconstitucionalidade e revogação de precedente constitucional – 4. Efeitos *inter partes* e vinculantes da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental e da revogação de precedente constitucional – 5. Eficácia prospectiva de decisão revogadora de precedente constitucional e de decisão proferida em controle incidental – 6. O problema dos efeitos prospectivos no STJ.

1. INTRODUÇÃO¹

A autoridade dos precedentes dos Tribunais Superiores é fundamental para a coerência da ordem jurídica, assim como para a tutela da previsibilidade e da confiança nos atos do Poder Judiciário. Tal autoridade, no entanto, não depende apenas do respeito dos órgãos judiciais inferiores. O próprio tribunal responsável pela elaboração do precedente deve observá-lo, sem o que, em verdade, os precedentes não passariam de anúncios passageiros do semblante do Direito.

Quando os precedentes ou a jurisprudência consolidada são levados a sério, a sua estabilidade requer especial cuidado. Isto porque, como chega a ser intuitivo, a revogação de jurisprudência consolidada pode causar surpresa injusta a todos aqueles que nela pautaram suas condutas. Daí porque é imprescindível, na lógica jurídica estribada na autoridade e na obrigatoriedade dos precedentes, atentar para os efeitos da decisão revogadora de precedente ou de jurisprudência consolidada.

Nesta dimensão a eficácia das sentenças exige estudo renovado, desconhecido da tradição do nosso direito processual, na qual não existia lugar para pensar em modulação dos efeitos temporais para preservar a segurança jurídica. O art. 847^Y do Anteprojecto do novo CPC, afirma que, “na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. A norma, que reflete a intenção do projecto em outorgar força obrigatória aos precedentes dos Tribunais Superiores, estimula a reflexão que segue, voltada a elaborar uma teoria da eficácia temporal das decisões revogadoras de precedentes obrigatórios.

1. Para maior aprofundamento sobre o tema dos precedentes obrigatórios, ver M. KINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

2. A QUESTÃO 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 lhe são anteriores, tenham dado origem, ou não, a litígios – cujos processos devem estar em curso.

As decisões do *common law* são normalmente retroativas, no sentido de que a nova regra, estabelecida para o caso sob julgamento, é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que as fixou, bem como a todas aquelas que 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.² 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 Público.³

Eisenberg enfatiza que "*the major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance*".⁴ 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 à 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

2. LEDERMAN, Howard. Judicial overruling. Time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*. n. 9. vol. 83. p. 21 e ss. Lansing: SBM, set. 2004.

3. 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") (SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States (New York State)*. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 397-398).

4. A maior justificativa para a revogação com efeitos prospectivos é a proteção da confiança justificada (EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 131).

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 devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma "confiança justificada".⁵

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.⁶

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 a apenas um caso ou somente ao caso sob julgamento faz com que todos os outros casos passados sejam tratados à luz do precedente, embora se declare

5. Vide MARKMAN, Stephen. Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions. *Texas Review of Law & Politics*. n. 2. vol. 8. Austin: The University of Texas School of Law, Spring 2004; NELSON, Caleb. Stare decisis and demonstrably erroneous precedents. *Virginia Law Review*. n. 01. vol. 87. p. 01-84. Charlottesville: University of Virginia School of Law, mar. 2001; DELANEY, Sarah K. Stare decisis v. The "New Majority": the Michigan Supreme Court's practice of overruling precedent, 1998-2002. *Albany Law Review*. n. 871. vol. 66. p. 871-905. New York: Albany Law School, 2003.
6. SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. n. 3. vol. 26. Cambridge: Harvard Society for Law & Public Policy, Inc., Summer 2003.

que este não mais tem autoridade. Tais situações permitem o surgimento de resultados inconsistentes.

Esta última situação é exemplificada através do caso *Molitor vs. 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 de 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.⁷

Por sua vez, a primeira hipótese, acima referida, é exemplificada mediante *Spaniel vs. Mounds View School District n. 621*, em que a Corte de Minnesota 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 Minnesota.⁸

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.⁹

Há outras situações intermediárias. Assim, em *Li vs. 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. Ou seja, decidiu-se que a nova regra teria efeitos retroativos até a data da decisão em que ocorrera a sinalização.¹⁰ Se mediante a técnica da sinalização

7. EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 128-129.

8. Idem, p. 128.

9. Idem, p. 127-128.

10. Em *Whitinsville Plaza, Inc. vs. Kotseas*, a Corte afirmou que já havia sinalizado para a revogação do precedente firmado em *Norcross* no caso *Ouellette*, e, com base nisso, outorgou efeitos retroativos ao *overruling*, declarando que deveriam

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 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. Nesta hipótese, além de não se desejar interferência sobre o passado, não se quer que a decisão atinja as situações intermediárias entre o *overruling* e a regra legislativa, preferindo-se que a revogação tenha 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, os efeitos do *overruling* somente serão produzidos caso o Legislativo não atue. Foi o que aconteceu em *Massachusetts, Whitney vs. City of Worcester*, em que a Corte, utilizando a técnica da sinalização como substituto funcional do *prospective overruling*, afirmou a sua intenção de ab-rogar 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 precedente.¹¹

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

ser apanhados todos os negócios realizados após *Ouellette*. Assim, 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 a nítida aproximação entre a técnica da sinalização e a do *overruling* com efeitos prospectivos (Cf. EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 128 e ss.).

11. Idem, p. 131.

MANCO:
SINALIZAÇÃO
(DECISÃO SINALIZADORA)

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*.¹² Se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despendida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo litigante que busca a tutela jurisdicional. Isso quer dizer que o uso do *prospective overruling* pode desestimular a propositura de ações judiciais contra determinados precedentes.¹³

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 não seria sequer necessária, já que ao jurisdicionado bastaria a mera existência do precedente, pouco importando o grau da sua autoridade ou força e, portanto, 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 que a doutrina de *common law* entende que a revogação, em regra, deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, em especial quando há confiança justificada no precedente, admite-se dar efeitos pros-

12. TRAYNOR, Roger J. Quo vadis, prospective overruling: a question of judicial responsibility. *Hastings Law Journal*. vol. 50. San Francisco: Hastings College of the Law, abr. 1999.

13. EISENBERG, Melvin. Op. cit., p. 131.

→ QUANDO HÁ CONFIANÇA JUSTIFICADA
→ EFEITOS PROSPECTIVOS (EXCEÇÃO À REGRA DE RETROATIVIDADE)

* → CONSEQUÊNCIA DO USO INADEQUADO DOS EFEITOS PROSPECTIVOS DOS PRECEDENTES

~~PL/ DARE~~
PL/ DAR EFEITOS PROSPECTIVOS A UM PRECEDENTE A CORTE DEVE
ANALISAR METICULOSAMENTE SE:
- HOUVE SINALIZAÇÃO NOS TRIBUNAIS OU NA DOCTRINA

pectivos ao overruling. E isso sem se enfatizar que as Cortes não devem suportar 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.¹⁴

3. DIFERENTES RAZÕES PARA TUTELAR A SEGURANÇA JURÍDICA: DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO DE PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

O art. 27 da Lei 9.868/1999 explicita que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tem poder para limitar os seus efeitos retroativos ou dar-lhe efeitos prospectivos. Diz o art. 27 que, "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".

O tema da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade pronunciada na ação direta será melhor aprofundado adiante, quando se tratar desta ação. Mas é importante, neste momento, anunciar esta possibilidade, aludindo-se a ação direta de inconstitucionalidade em que o STF houve por bem atribuir efeitos prospectivos à sua decisão. Isto para demonstrar que, embora os efeitos retroativos também possam ser limitados no controle difuso, as suas razões não se confundem com as que determinam a limitação da retroatividade ou os efeitos prospectivos no controle concentrado.

Na ADIn 2.240,¹⁵ em que se questionou a inconstitucionalidade da lei estadual que criou o município de Luís Eduardo Magalhães o STF não ti-

14. Idem, p. 132.

15. "Ação direta de inconstitucionalidade - Lei 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães - Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/1996 - Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional - Afronta ao disposto no art. 18, § 4.º, da CF/1988 - Omissão do Poder Legislativo - Existência de fato - Situação consolidada - Princípio da segurança jurídica - Situação de exceção, estado de exceção - A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção - Apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em

...nha qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade da lei, mas temia que, ao pronunciá-la, pudesse irremediavelmente atingir todas as situações que se formaram após a edição da lei. Receava-se que a declaração de inconstitucionalidade não pudesse permitir a preservação das situações estabelecidas antes da decisão de inconstitucionalidade. Partindo-se da teoria da nulidade do ato inconstitucional, a preservação do que aconteceu após a edição da lei

...relação com a exceção. 1. O município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, desde a promulgação da EC 15, em 12.09.1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao STF incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte: no MI 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de 18 meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4.º do art. 18 da CF/1988, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei 7.619, de 30.03.2000, do Estado da Bahia” (STF, ADIn 2240, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 03.08.2007).

