

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A NECESSIDADE DE SE ATRIBUIR EFEITOS PROSPECTIVOS ÀS DECISÕES QUE REVOGAM PRECEDENTES.

Rennan Marcos Salvato da CRUZ¹

RESUMO: O presente estudo busca demonstrar a necessidade de se atribuir efeitos prospectivos às decisões judiciais que superam precedentes, tal como ocorre no *overruling* e *overriding*, sobretudo àquelas prolatadas pelos tribunais de superposição do nosso país, como o STJ e STF.

Palavras-chave: Precedentes. Segurança Jurídica. Overruling. Efeito Prospectivo. Prospective.

1 INTRODUÇÃO

As constantes mudanças na sociedade reclamam alterações contínuas no mundo do direito.

Mesmo diante de contínuas evoluções e transformações em termos de concepções ideológicas, morais, políticas, culturais e econômicas, exige-se do direito uma perenidade relativa, para que seja possível um mínimo de previsibilidade e estabilidade quanto à sua aplicação e interpretação.

Nessa toada, a fortificação do sistema de precedentes brasileiro desponta como ferramenta muito relevante, porquanto proporciona certa coesão e uniformidade quanto à interpretação e aplicação do sistema jurídico, fomentando um estado ideal de segurança jurídica — elemento indispensável a qualquer Estado de Direito.

A tão sonhada estabilidade do direito, porém, não se confunde com a perenidade absoluta do sistema, que necessita acompanhar, tanto quanto possível, as vertiginosas mudanças da sociedade.

Neste paradoxo (estagnação da jurisprudência e necessidade de progresso do direito), surge o tão importante estudo da superação dos precedentes.

¹Discente do 7º Termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

À luz dessas premissas o trabalho se ocupou de analisar, não exaustivamente, os principais institutos inerentes à superação dos precedentes, passando antes pelo processo de formação e autoridade da *ratio decidendi* contida no precedente.

Demonstrou-se, por meio dos estudos, o exato ponto de equilíbrio entre a estagnação do direito e a sua evolução, que está, de fato, na superação.

Noutro pórtico, buscou-se enfatizar também o caráter instrumental da superação, que, para nós, consiste em eliminar precedentes injustos e viciosos do ordenamento, evitando, assim, qualquer tipo de autoritarismo judiciário.

Não obstante, procurou-se dar especial ênfase à segurança jurídica quando da transição de teses, como meio de tutelar a confiança que o jurisdicionado deposita no judiciário, projetando, inclusive, comportamentos legítimos com base na norma julgada.

A compreensão do direito contemporâneo jamais prescindirá da interpretação que o judiciário dá acerca das várias leis positivadas, atividade esta que se aperfeiçoa por meio de um sistema hígido de precedentes, o qual deve evoluir constantemente.

2 A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL, A NECESSIDADE DE SEGUÍ-LO E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de se enfrentar qualquer temática deste trabalho, é indispensável que se informe as premissas teóricas que embasaram todas as argumentações aqui lançadas.

A primeira delas é a interpretação do direito à luz do neoconstitucionalismo e neopositivismo. Ambas as vertentes merecem destaque, pois transformam profundamente a maneira pela qual se pensa o direito.

O neoconstitucionalismo está ancorado na idéia de constitucionalização dos direitos, por onde a constituição federal, como lei maior, rejeita uma função exclusivamente política, para assumir temas afetos ao direito infraconstitucional, espraiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, notadamente através dos direitos fundamentais, a fim de promover a unidade do direito e concretizar as normas que prevê em seu bojo. Rompe-se, pois, com a idéia

de constituição estritamente política, e passa-se agora a interpretar todo o ordenamento jurídico à luz da constituição.

Sobre esse fenômeno assinala Eduardo Cambi (2011, p. 61):

Pode-se, pois, apontar como característica marcante do neoconstitucionalismo a onipresença da Constituição. Por detrás de uma regra legal, há uma norma constitucional que a confirme ou a contradiga. Isto porque as Constituições contemporâneas contêm denso conteúdo material, composto por valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos e aos entes particulares, sendo difícil conceber um problema jurídico que não encontre alguma resposta no texto constitucional e, em certas situações, até diferentes orientações (como, por exemplo, a proteção da propriedade individual e da função social da propriedade)

O pluralismo constitucional inconsequentemente implica na previsão de situações antagônicas, que apesar de parecerem aversivas entre si convivem de forma conjugada, porém conflituosa, a exemplo de: liberdade de informação e intimidade da vida privada. Considerando-se assim, torna-se indispensável o uso de modernas concepções sobre a teoria da norma, em suas três espécies fundamentais: princípios, regras e postulados normativos, notadamente nestes últimos, o postulado da ponderação e da concordância prática.

O neopositivismo, ao seu turno, traduz a idéia de se relativizar a aplicação do método lógico-formal à ciência jurídica, cuja essência vem das ciências exatas. Tal assertiva implica no abandono ao legalismo puro, a exaustividade das previsões codificadas e a interpretação literal da lei.

À vista disso, não podemos pensar a norma tão somente como um texto de lei escrito e previsto objetivamente em diplomas, concretizando um método lógico-formal puro, mas sim, em essência, como o resultado da interpretação do texto, conjugado este com todo o ordenamento jurídico (integração da norma). Nas palavras de Cambi (2011, p. 86), citando Humberto Ávila “A norma não se confunde com o texto. Interpretar é determinar o significado objetivo de um texto: antes da interpretação, não há norma, apenas um texto.”

Entende-se dessa forma que a norma é resultado da interpretação e que esta pode ser composta por metade de um enunciado legal, ou até mesmo por vários deles.

Fixadas as premissas de inteligência analisa-se, então, a formação do precedente.

Nem toda a decisão judicial está apta a se transformar em um precedente, e como tal possuir autoridade persuasiva em relação a julgamentos futuros.

A depender de alguns fatores, pode ou não galgar o status de precedente e há decisões judiciais que sequer são prestigiadas pela comunidade jurídica, de maneira que sequer influenciam julgamentos futuros, salvo se houver opção legislativa por se atribuir efeitos vinculantes ao *decisum* em análise. Daí surge uma distinção primária entre precedentes vinculantes e precedentes persuasivos.

Importante também que se estabeleça as duas formas de eficácia que o precedente exerce sobre os órgãos jurisdicionais, são elas: eficácia horizontal e eficácia vertical. A primeira delas (horizontal) diz respeito à vinculação do próprio órgão jurisdicional ao precedente que criou, ou seja, supõe que o órgão precursor do precedente tenha o dever de sujeição ao que entendeu em casos análogos, de maneira que magistrados de mesma hierarquia também podem segui-lo, como forma de garantir a isonomia na prestação jurisdicional e evitar discricionariedades. Quanto à segunda forma de eficácia (vertical), diz respeito à sujeição de órgãos inferiores aos precedentes emanados de cortes superiores, o que pode se dar mediante critérios a seguir expostos ou por imposição legal (*stare decisis* ou *binding*).

Nessa perspectiva, pode-se dizer que alguns critérios são incisivos para determinar o grau de influência ou autoridade que o *decisum* poderá vir a exercer sobre casos futuros, seja em sede de eficácia horizontal ou em sede vertical.

Conforme assinala Tiago Asfor Rocha (2013, p. 188), citando a lição de Neil Duxbury:

Como afirma Neil Duxbury (*The nature and authority of precedent*, cit., p. 23), o que estabelece a força vinculante de um precedente, distintamente das normas positivadas, não é o critério de validade e sim o critério da sua autoridade, mesmo porque aquele é um conceito invariável, ao passo que este pode ser graduado. No original, após tradução livre: "...the reality is that precedents, unlike statutes, do not bind in an all-or-nothing fashion, that the binding force of a precedent is best explained not in terms of its validity (this being a non-scalar concept) but in terms of its authority (of which there can be degrees)

À vista disso, o principal critério de persuasão talvez seja a hierarquia do órgão prolator, pois dada a organização piramidal do judiciário em nosso ordenamento e o poder de reforma das cortes superiores, há uma certa "pressão natural" de sujeição aos entendimentos consolidados por tribunais superiores, à par

de outros critérios como o prestígio dos magistrados que emanaram o precedente, número de adeptos e unanimidade dos julgamentos².

Posta a variação de autoridade do precedente, convém analisar agora o seu conteúdo em si. Como afirmado anteriormente, nem toda a decisão judicial está apta a se tornar um precedente, e acerca disso destaca-se o magistério de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 2013) sobre o tema:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados. De modo que, se todo precedente ressaír de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito - ou nos termos do *commom law*, de um *point of Law*-, e não de matéria de fato, enquanto a maioria das decisões diz respeito a questões de fato. [...] Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar reafirmando o precedente.

É necessário distinguir de forma precisa aquilo que é ou não razão de decidir dentro de uma ou de várias decisões judiciais que formarão o precedente, pois somente a *ratio decidendi* – ou holding, para o direito americano – tem o condão de demonstrar de forma fidedigna o entendimento do órgão prolator sobre determinado tema jurídico paradigma.

Assim, estabelece-se uma distinção necessária entre *ratio decidendi* (razões de decidir) e *obter dictum* (argumentos laterais). Nessa ordem, somente a conclusão jurídica a qual chegou determinado órgão jurisdicional diante do caso concreto pode ser tomada como *ratio decidendi*. Significa que somente o argumento utilizado para sustentar a decisão em si (parte dispositiva do *decisum*) deve ser considerado como razão de decidir (*ratio decidendi*), pois este é fruto da atividade cognitiva do magistrado na análise do caso concreto, e de forma indubitável encampa uma tese para a situação jurídica em debate, que no futuro poderá ser utilizada por aqueles que enfrentarem a mesma situação concreta (confrontação de casos, paradigma).

Nas palavras de Tiago Asfor Rocha Lima (2013, p. 171):

[...] Isso porque podem existir questões que conquanto mencionadas no corpo de uma decisão judicial não tenham sido consideradas pelo juiz

² Lima, Tiago Asfor Rocha. Precedentes judiciais no Brasil – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190/192

quando da sua atividade cognitiva (denominadas *obiter dictum*). São meras reflexões que ali constaram por decorrência do raciocínio desenvolvido pelo julgador, mas que não podem ser consideradas, isoladamente, como justificativa para a conclusão judicial.

Assim, aquele argumento tido como lateral, ou apenas de passagem, que serve tão somente de reforço ao principal (*ratio*), uma vez que não sustenta em si a parte dispositiva da decisão em análise, não é utilizado para fins de precedente, porquanto não resolve o caso concreto em análise.

Considerando o processo de formação acima exposto, que se inicia com a decisão judicial e termina na formação de um precedente, conforme os critérios de autoridade e persuasão já elencados (hierarquia, número de adeptos e prestígio), convém assinalar que o precedente evolui ainda para um estágio superior de aceitação pela comunidade jurídica, consistente este no status de jurisprudência, pela qual a pacificação da tese e seu uso se tornam esmagadores.

A pacificação de teses jurídicas e a necessidade de seguir os precedentes consolidados nos tribunais superiores, proporciona em nosso sistema coesão do poder judiciário e acima de tudo concretiza em nosso estado democrático de direito a distribuição isonômica da prestação jurisdicional.

A missão acima aludida é precipuamente atribuída ao STJ, conforme assinala Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 160):

A ordem constitucional confere ao Superior Tribunal de Justiça a função de dar sentido à lei federal e de garantir que esse seja observado pelos tribunais ordinários e juízes de 1º grau de jurisdição. Isso também evidencia, de modo indiscutível, que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça devem obrigar os tribunais e juízes inferiores. Mais do que isso: o Superior Tribunal de Justiça, em face do ditado constitucional, tem o dever de zelar pela observância das suas decisões.

José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 298) assevera, ancorado na teoria da argumentação de Robert Alexy, que:

Ao preservar a estabilidade, aplicando o *precedente* nas situações sucessivas análogas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para a certeza jurídica e para a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial.

Em conclusão, Alexy formula duas regras gerais do discurso jurídico para a utilização da jurisprudência dominante, a saber:

- a) quando vier invocado um precedente a favor ou contra uma decisão, ele deve, em princípio, ser seguido;
- b) quem pretender se afastar de um precedente, tem o ônus da justificação.

Sem dúvida nosso ordenamento jurídico é composto por normas previstas objetivamente e até implicitamente, porém não se esgota aí, pois também contém em si a forma pela qual se aplica o direito, ou seja, a maneira como as normas são aplicadas aos casos concretos.

E quanto isso, incumbe ao poder judiciário delinear de forma fidedigna e clara a forma de interpretação da lei, produzindo, assim, estado de certeza quanto à licitude ou não de comportamentos. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 41-42) ensina o que foi dito, utilizando-se de comparação entre a função da doutrina e da jurisprudência : “Afiml, dizem os ingleses, o sistema de precedentes é como o strong cement, para criar certeza. Esta, em parte, é uma das funções da doutrina, nos países da civil low”.

À vista disso, pode-se concluir que o estado de certeza produzido pelo necessário uso de um sistema saudável de precedentes gera nos jurisdicionados legítimas expectativas de comportamento, de forma que a confiança dos cidadãos deve ser tutelada quando da superação dos precedentes, de maneira a garantir a estabilidade e proporcionar segurança jurídica em nosso estado democrático de direito, conforme se verá a seguir.

3 DA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

O precedente como norma também segue um ciclo vital, semelhante ao das leis positivadas que nascem (produção legislativa), têm vigência e morrem (revogação). Assim são também os precedentes que nascem (aceitação da *ratio*) têm vigência (eficácia) e morrem com a superação.

É salutar compreender que o processo de evolução do direito não pode se estagnar em razão da vigência eterna de um precedente, daí a necessidade de superação das teses consolidadas no judiciário à medida que novos conceitos se estabelecem no mundo jurídico. Em essência, a superação consiste na relativização da eficácia do precedente, ou seja, a superação pressupõe o desrespeito ao precedente ou jurisprudência, todavia, em razão do ônus argumentativo que se impõe, exigem-se justificativas plausíveis para o afastamento.

Nesse sentido, há que se encontrar um ponto de equilíbrio entre a fluidez exagerada da jurisprudência (prejudicial ao sistema de precedentes) e a sua

estabilidade demasiada. Não se pode admitir a chamada “jurisprudência da loteria” como também não se pode compactuar com o “engessamento” do direito pátrio.

Conquanto haja essa necessidade de superação, nunca se pode olvidar a proteção da confiança que o jurisdicionado deposita nas teses do judiciário, que de forma inolvidável orienta o comportamento dos cidadãos.

Nessa perspectiva, definem-se agora as formas mais conhecidas de superação do precedente, para em seguida analisar-se a necessidade de atribuição de efeitos prospectivos a essas decisões.

A superação mais drástica de um precedente consiste na técnica do *overruling*, pela qual o órgão jurisdicional prolator abandona de forma completa a tese que seguia para utilizar outra em casos análogos ao superado. Trata-se de uma guinada, ou seja, um giro no entendimento que se tinha acerca de determinado caso concreto, justificando-se por razões de alterações nos valores sociais, razões econômicas, culturais, científicas ou até mesmo mudança legislativa que incompatibilize a norma julgada com a norma positivada.

Há ainda uma divisão entre a superação total expressa (*express overruling*) e a superação total implícita (*implied overruling*), sendo que a primeira é declinada nas próprias razões de decidir da superação, ao passo que a segunda se extrai pela incompatibilidade da tese presente e da tese passada que o órgão adotava — esta última é rara no direito inglês e americano, todavia, lamentavelmente é comum em nossa jurisprudência.

Acerca dessa classificação, assinala Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 457):

Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. Essa substituição pode ser (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última – trata-se de hipótese rara.

Por ser tão agressiva, a técnica do *overruling* impõe ônus argumentativo maior e pressupõe amplo debate do judiciário acerca da mudança de rumo.

Nas palavras de Tiago Asfor Rocha Lima (2013, p. 206):

Essa alteração pode se impor por um série de razões, que vão desde a injustiça da primeira decisão até a modificação das condições econômicas, políticas, culturais e sociais de uma nação. Em todas as hipóteses, isso é consenso, a corte precisa declinar os motivos pelos quais está empreendendo a nova interpretação jurídica do caso, sob pena de ser tachada de autoritária. É senso de responsabilidade dos magistrados para com a regra do *stare decisis* e de respeito para com a sociedade.

De outra parte, e, avançando no tema, há ainda uma outra forma recorrente de superação do precedente, consistente na técnica do *overriding*, pela qual se supera a *ratio* consolidada de forma parcial, ou seja, é hipótese em que uma parte da tese consolidada permanece intacta e a outra, mediante justificativa plausível, é superada ou restringida quanto à futuros julgamentos.

Ainda nos ensinamentos de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 458):

É necessário distinguir o *overruling* do *overriding*. Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.

Embora a técnica do *overriding* seja de menor intensidade, exige-se cautela e justificção suficiente para que a técnica seja empregada com responsabilidade.

Importante lembrar que, embora haja divergência, a técnica de distinguimento dos precedentes, denominada *distinguishing* pelo direito americano, pode constituir também uma superação. É que como técnica de interpretação de precedentes pode servir tanto para aproximar casos análogos como para afastá-los. Nesta última hipótese poderá implicar numa superação, mas não do precedente em si, pois o que ocorreria, em realidade, é um novo entendimento acerca da forma como se deve aplicar o precedente, ou seja, por razões devidamente justificadas, o juízo passa a entender que determinado precedente não mais pode ser aplicado ao caso concreto pelo fato de não se tratar de caso análogo ao paradigma, como se imaginava anteriormente.

Nesse sentido, divide-se o *distinguishing* em ampliativo e restritivo (*restrictive distinguishing* e *ampliative distinguishing*), conforme ensinam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 454).

Para arrematar o estágio inicial, reverbere-se que em todas as hipóteses de superação que se elencou há necessidade de justificação argumentativa, a fim de que não haja quebra arbitrária da confiança que o jurisdicionado deposita no judiciário, e como se verá adiante, é imprescindível que se atribuía efeitos prospectivos às superações que rompem de forma brusca com as legítimas expectativas dos cidadãos.

4 DA SEGURANÇA JURÍDA; DA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS PROSPECTIVAS: RETROSPECTIVE OVERRULING, OVERRULING PROSPECTIVE: PURE PROSPECTIVE OVERRULING E PROSPECTIVE PROSPECTIVE OVERRULING

Lançando-se mão das premissas primeiras, resgata-se agora a idéia de que a ordem jurídica na qual estamos inseridos é composta não somente por normas objetivamente previstas, mas também pela forma como se aplica o direito, e aqui entra em cena o poder judiciário que sinaliza seus entendimentos e contribui com a certeza do ordenamento por meio de um saudável sistema de precedentes.

Nessa perspectiva, é indispensável que se demonstre a necessidade de aplicação da segurança jurídica às guinadas jurisprudenciais, que a seu turno, são muito recorrentes em nosso ordenamento jurídico.

Embora haja complexidade relevante acerca do tema (segurança jurídica) ter-se-á em vista, de forma principal, as lições de Humberto Ávila.

Considerando que a jurisprudência busca incrementar o estado de certeza (*strong cement*) no ordenamento jurídico e que este estado (certeza) cria legítimas expectativas na sociedade, passa-se a analisar como a segurança jurídica se aplicaria às variações de precedentes, tudo a fomentar o estado ideal que preconiza o princípio da proteção da confiança, segundo o qual o cidadão deposita sua credibilidade nos atos do poder público.

Confiança, como se sabe, é a base de todo e qualquer relacionamento humano, e, portanto, deve ser observada na espécie vertente (precedentes), o que, aliás, coaduna-se com as lições de Ávila (2011, p. 99).

Todavia, ressalte-se desde já que seria impossível, à vista do abandono da exaustividade das leis (método-lógico formal) e da adoção do

neopositivismo, um estado ideal de coisas que previsse de forma invariável os atos do poder público, especialmente os do judiciário.

Nesse sentido, assinala-se que a certeza seria relativa e razoável, conforme ensina André Ramos Tavares (2012, p. 766):

Como primeira “densificação” do princípio da segurança jurídica, tem-se: i) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito; ii) a calculabilidade, quer dizer, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; iii) a estabilidade da ordem jurídica. [...] Estabilidade não deve ser confundida, aqui, com estancamento do Direito. Não há e nunca houve um direito à petrificação da ordem jurídica vigente. Mas não se pode falar em proteção da confiança do cidadão, como integrante da segurança jurídica a ser tutelada pelo Estado, sem a certeza da projeção de uma estabilidade mínima da ordem jurídica [...].

Considerando-se estas premissas, segue-se, então, as lições de Humberto Ávila (2011, p. 106-109), que assinala as várias formas de emprego da expressão “segurança jurídica”, sendo eles: segurança jurídica como elemento definitório do ordenamento jurídico (certeza das normas e aplicação destas), segurança jurídica como fato, como valor e também como norma-princípio.

A análise da segurança jurídica, para este trabalho, todavia, reside principalmente na sua concepção como norma-princípio e na investigação do seu conteúdo material.

Nesse sentido, a segurança jurídica, nas palavras de Ávila (2011, p. 106), revela-se norma-princípio, porquanto “verifica-se que ela determina a proteção de um estado ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos, muitos dos quais já previstos expressamente”.

Conforme assinalamos anteriormente, a norma não se confunde com texto de lei, pois é o resultado da sua interpretação, de modo que uma das principais consequências de se admitir essa assertiva é a inegável idéia de que uma norma pode ser composta por vários textos de lei interpretados ou ainda por várias normas implícitas no ordenamento, caso em que se forma a norma-princípio segurança-jurídica.

Seu conteúdo material, conforme ensina Humberto Ávila (2011, p. 250), após brilhante esforço argumentativo, repousa na: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

A primeira consiste na capacidade de o cidadão ter acesso material e intelectual ao conteúdo da norma, depreendendo dela uma margem de certeza quanto ao comportamento ditado, mesmo a despeito de conceitos vagos (cláusulas abertas), e de divergências interpretativas da norma, sanadas esta pela doutrina e jurisprudência.

De outro lado, a confiabilidade repousa na noção de estabilidade do direito e confiança relativa na sua manutenção, sem, todavia, usar-se da idéia de imutabilidade, que é incompatível com a idéia de progresso constante do direito.

Por fim, frise-se a calculabilidade, que não se confunde com previsibilidade absoluta dos atos do poder público, e que consiste na projeção de comportamentos futuros, com base na interpretação da norma posta como também pela forma como ela é aplicada pelo judiciário.

À vista destas considerações, é possível inferir que a segurança-jurídica é uma norma-princípio que visa proteger em si os aspectos materiais acima elencados (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade).

A guinada jurisprudencial através das técnicas de superação das quais tratamos, é necessária ao desenvolvimento do direito, todavia, como foi ressaltado, deve ser realizada com cautela, a fim de que haja respeito à segurança jurídica, norma imprescindível em qualquer estado democrático de direito.

Assim, verifica-se que há um embate entre princípios jurídicos quando ocorre a superação de precedentes, pois de um lado teríamos a isonomia (necessidade de se o novel entendimento [tido agora como correto] a fatos ocorridos antes ou depois da superação) e de outro lado a segurança-jurídica (consistente em projeções legítimas dos jurisdicionados e a confiabilidade na perenidade relativa do ordenamento).

Tal situação é normal em sistemas cuja constituição federal é pluralista, ou seja, onde a lei maior prevê a conjugação de situação antagônicas (isonomia vs. segurança-jurídica).

Nesse sentido, à luz de postulados normativos como da ponderação e da concordância prática, atribuindo-se peso argumentativo a cada um dos princípios, podemos dizer que, apesar de o confronto dever ser resolvido em cada caso concreto, já que, como assinala Cambi (2011, p. 61) a hierarquia entre princípios é móvel, deve o princípio da segurança-jurídica ser respeitado pelos tribunais quando

houver efetivo risco de dano aos jurisdicionados que se pautaram no entendimento (*ratio decidendi*) antigo e praticaram comportamentos tidos como correto.

Trata-se de concretizar e fomentar o estado ideal de coisas que o princípio da segurança jurídica preconiza.

Todavia, conforme assinala Humberto Ávila (2011, 466-473), deve haver uma efetiva modificação jurisprudencial e, além disso, haver legítimas razões para que os jurisdicionados depositassem confiança (perenidade relativa) no precedente que vigia:

É preciso registrar que só se pode afirmar que há modificação de jurisprudência quando houver duas decisões contraditórias eficazes sobre a mesma matéria, assim entendidas aquelas decisões que envolvem o mesmo fundamento e a mesma situação fática. [...] Os limites à modificação jurisprudencial só se aplicam, desse modo, quando houver *causae finitae*, isto é, decisões que produzam efeitos e envolvam algum grau de preclusividade. [...] se a questão da proteção da confiança diz respeito à restrição causada pela mudança jurisprudencial nos direitos fundamentais, é preciso analisar não a capacidade de a decisão produzir efeitos, mas os efeitos concretamente produzidos relativamente ao exercício dos referidos direitos.

E sobre a necessidade de fundamentação quando da aplicação de efeitos prospectivos à superação Leciona Tiago Asfor Rocha Lima (2013, p. 214):

O tratamento díspar entre os casos presente e futuros e os casos passados [...] somente será possível diante de fundadas razões, de ordem jurídica, econômica, política e social. A ponderação de interesses far-se-á necessária para demonstrar que de fato os casos precisam ser tratados distintamente.

Considerando tudo isso, e especialmente a necessidade de se atribuir efeitos prospectivos casos que fazem *jus*, vejamos algumas das técnicas mais conhecidas, são elas: *pure prospective overruling* e *prospective prospective overruling*.

Ambos os efeitos prospectivos são espécie do gênero *overruling prospective* (superação total prospectiva) e não apresentam grandes distinções, sendo que configuram exceção à regra da retroatividade da superação (*retrospective overruling*) e podem ser aplicadas às outras formas de superação (*overriding* e *distinguishing restrictive*).

Ancorando-se nas lições de Tiago Asfor Rohca Lima (2013, p. 215-217) podemos dizer que o *pure prospective overruling* se dá quando o tribunal, superando

o precedente, ressalva os efeitos da decisão que tomou somente para os casos futuros, de modo que o caso julgado também não sofre os efeitos da superação, e o novel entendimento passa a vigor somente para situações consolidadas a partir da sentença, indistintamente.

De outro lado, a técnica do *prospective prospective overruling* se dá quando o tribunal condiciona a eficácia do novo entendimento ao com base em uma data ou até mesmo à ocorrência de um evento futuro. Assim, a vigência do entendimento que substituiu a *ratio* anteriormente consolidada, se sujeita a eventos temporais ou materiais determinados pelo tribunal.

As técnicas elencadas sem dúvida fomentam, em última análise, o estado ideal que o princípio da segurança jurídica visa proteger.

5 CONCLUSÃO

Para concluir o trabalho podemos dizer que a superação é um tema essencial dentro da lógica dos precedentes e merece especial atenção da nossa doutrina e jurisprudência.

De fato, está na superação o ponto de equilíbrio entre a instabilidade jurisprudencial e a estagnação do direito por meio de precedentes “eternos”.

Não obstante, merece especial destaque a modulação temporal dos efeitos da superação e a técnica da sinalização, como meios de tutelar a confiança do jurisdicionado e fomentar a segurança jurídica.

Como facilmente se percebe, nosso país assiste a uma produção vertiginosa de leis novas a cada momento, o que torna, em certa medida, os precedentes passíveis de superação à medida que as inovações legislativas vão ocorrendo.

Nessa perspectiva, a transição de precedentes e renovação do digesto pátrio deve respeitar os direitos fundamentais do cidadão. Daí a necessidade de conhecer as técnicas de modulação temporal das decisões que superam os precedentes.

A postura do operador do direito diante deste cenário inova-se radicalmente, uma vez que é esperado dos profissionais do mundo jurídico a ampla defesa da segurança jurídica, reivindicando-se os efeitos prospectivos da superação

nas guinadas jurisprudências, tutelando, assim, as legítimas expectativas dos jurisdicionados.

Finalmente, conclui-se que os contornos jurisprudenciais e doutrinários expostos são suficientes para demonstrar a necessidade de se atribuir efeitos prospectivos às guinadas jurisprudenciais tão recorrentes em nosso país, de modo a tutelar a confiança dos jurisdicionados e também promover o desenvolvimento do nosso estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JÚNIOR, BRAGA E OLIVEIRA. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 9º ed – Salvador – BA: Editora Juspodivum, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios- 2º ed. rev. e atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional, cit. p. 766 – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial, obra coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012