

A Técnica do Julgamento-alerta na Alteração de Jurisprudência Consolidada: Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Processual

Antonio do Passo Cabral*

Sumário

1. Introdução. A Jurisprudência Consolidada e sua Influência nos Comportamentos Humanos. 2. Alteração de Jurisprudência Consolidada. 3. Segurança Jurídica como Continuidade. 3.1. Continuidade Jurídica, Segurança e Alteração de Jurisprudência. 3.2. A Importância da Argumentação para que se Verifique a Estabilidade da Jurisprudência. 4. Exemplos Brasileiros de Retroação de Jurisprudência Violadora da Segurança Jurídica: Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior do Trabalho (TST). 5. Mecanismos Preventivos e Técnicas Reparadoras para Preservação de Segurança na Mudança de Jurisprudência. 5.1. Julgamento-alerta: o Anúncio Público da Possível Mudança ou Reapreciação do Entendimento Consolidado. 5.2. Exemplos de Anúncio Público na Jurisprudência Estrangeira. 5.3. Forma e Conteúdo do Julgamento-alerta. 6. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

Num cenário em que as decisões do Judiciário crescem em importância no ordenamento jurídico brasileiro, as alterações de jurisprudência consolidada podem ferir a confiança legítima de indivíduos que tenham pautado suas condutas na expectativa da manutenção do entendimento estável. O texto aborda o tema da segurança como continuidade jurídica, e especialmente o tema das chamadas decisões-alerta, a serem utilizadas preventivamente para evitar prejuízos individuais quando o tribunal visualizar que um entendimento consolidado possa estar errado e vir a ser superado no futuro.

Palavras-chave

Jurisprudência. Estabilidade. Alteração. Aviso público. Julgamento-alerta.

* Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Procurador da República e ex-Juiz Federal.

1. Introdução. A Jurisprudência Consolidada e sua Influência nos Comportamentos Humanos

Ao contrário dos ordenamentos do *common law*, nos quais os precedentes jurisprudenciais possuem força vinculativa,¹ os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica normalmente atribuem à jurisprudência um papel secundário no processo de produção normativa. Partindo-se da tradição francesa da mais aguda separação de poderes, bem assim da concepção dualista do ordenamento jurídico (segundo a qual a sentença não tem função criativa, mas somente declaratória de direitos preexistentes), nos sistemas de *civil law* os precedentes dos tribunais sempre tiveram vinculatividade relativa, denominada aqui e ali de força “persuasiva” da jurisprudência.² A consolidação do entendimento dos tribunais nunca foi compreendida como fonte do direito, e atuaria apenas como elemento argumentativo, sem caráter cogente ou vinculativo.

Não obstante, esta tradição vem mudando, e o fenômeno não parece ser restrito ao ordenamento brasileiro. Por aqui, mesmo vivendo em ordenamento de direito escrito e de precedente meramente persuasivo, já é longa a evolução histórica dos mecanismos de vinculação da jurisprudência, desde as primeiras disposições acerca da eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato da constitucionalidade,³ passando pela criação de recursos e incidentes específicos para a uniformização de jurisprudência, culminando com as reformas do CPC e da Constituição da República nas últimas décadas. Sem embargo, as alterações do final da década de 1990 na legislação processual⁴ já ampliavam a força da jurisprudência das instâncias superiores, mas foi a partir de 2004 que se introduziram mecanismos mais incisivos de vinculação das instâncias inferiores, tais como a súmula vinculante (art.103-A da CR/88),⁵ a “súmula impeditiva de recurso” (art. 518, §1º do CPC), e novos incidentes de uniformização de jurisprudência.⁶

¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 20.

² Sobre o tema, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, *passim*; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.116; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Lisboa: Juruá, 2012, p. 103.

³ A evolução foi tratada em BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante”, in *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol. 865, nov, 2007, p. 26 e ss. Desde a primeira República, na criação do Supremo Tribunal, a regra era as decisões do STF valerem apenas *inter partes*. Posteriormente, a ampliação do espectro subjetivo dos vinculados passou pelo controle de constitucionalidade. A Constituição de 1934 previu instituto até hoje presente no cenário constitucional brasileiro (art. 52, IX da CR/88) que é a possibilidade do Senado suspender uma lei declarada inconstitucional pelo STF incidentalmente. A emenda constitucional 16/65 criou a ADI, então com legitimidade ativa restrita ao Procurador-Geral da República e já com eficácia *erga omnes*. Foi no período pós-1988 que diversos mecanismos do controle abstrato da constitucionalidade se desenvolveram e se aperfeiçoaram totalmente com as Leis 9.868/99 e 9.882/99.

⁴ A Lei n. 9.756/98 alterou o art. 557 e parágrafos para admitir decisões monocráticas, em sede recursal, baseadas na jurisprudência dominante.

⁵ As súmulas, criadas por emenda ao regimento interno do STF em 1963, ganharam força vinculante com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Na doutrina, Cf. WOLKART, Erik Navarro. “Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento)”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, *passim*.

⁶ A súmula impeditiva de recursos é prevista no art.518 §1º do CPC, e que consiste numa barreira recursal

Tudo isso levou a doutrina a constatar a progressiva importância que a jurisprudência vem assumindo no ordenamento brasileiro. Com efeito, ainda que se adote a teoria dualista do ordenamento, com a conseqüente natureza declaratória da decisão judicial, é fora de dúvida que a jurisprudência consolidada condiciona comportamentos, gerando padrões de conduta estáveis. Ao cristalizar-se nos debates pretorianos, o entendimento sólido dos tribunais a respeito de um tema é um relevante dado do tráfego jurídico e que frequentemente é utilizado para a tomada de conduta individual.

É que muitos atos decisórios (sobretudo dos tribunais superiores e especialmente aqueles que têm função uniformizadora) assumem uma capacidade de generalização e irradiação que outras decisões não possuem,⁷ sinalizando padrões de conduta para uma grande quantidade de casos similares.⁸ Trata-se de um relevante aspecto da segurança jurídica, qual seja, a *calculabilidade* do resultado normativo de uma conduta humana,⁹ que fornece aos indivíduos “segurança de orientação” na adoção de um comportamento.¹⁰

Com efeito, já passou do tempo de admitirmos que a jurisdição também é um fator estabilizador do direito quando a mesma conclusão é pronunciada, em vários casos similares, durante um período contínuo e duradouro. Quando diante desse grau de estabilização, os profissionais do direito passam a ter em conta a expectativa de que o mesmo resultado venha a ser seguido em outros casos. P. ex., quando os advogados aconselham seus clientes, quando indivíduos e empresas celebram contratos, e em muitas outras situações, certamente a jurisprudência

quando a decisão recorrida estiver alinhada com o entendimento sumulado dos tribunais. A Lei 10.259/01 criou novo incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito dos juizados especiais federais. Hoje há outras técnicas deste tipo no próprio CPC. Parte da doutrina vem denominando as decisões proferidas nestes incidentes de “precedentes relativamente obrigatórios”. Assim, por todos, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Op.cit., p.102-103.

⁷ RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, 1977, p.22 ss; p.49 ss; GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Karlsruhe: C.F.Müller, 1970, p.14-15.

⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para concurso de ingresso como Professor Titular de Direito Tributário, mimeografado, 2010, p.530-532. Existe versão comercial, publicada em 2011 sob o título: *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁹ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereingniten Staaten (common law)*. Basel e Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1993, p.275; BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*. Berlin: de Gruyter, 1978, p.18; ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. München: C.H.Beck, 5ª Ed., 2007, p.169-172; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p.356-358; KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. Heidelberg: C.F.Müller, 18ª ed., 2010, p.102.

¹⁰ BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004, p.11; ROTH, Günther. *Das Problem der Rechtsprognose. Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*. Gieseking: Ernst und Werner, 1976, p.832; SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*. München: C.H. Beck, 1973, p.40.

consolidada também é levada em consideração.¹¹ É inegável que as pessoas, ao planejarem suas vidas e seus negócios, são também guiadas por estas diretrizes da jurisprudência constante.¹²

Aliás, a constância da jurisprudência é saudada modernamente como relevante fator não só de segurança jurídica, mas também de igualdade.¹³ De fato, como o ordenamento jurídico admite diversos centros de decisão (pulverizados pelo território e em variadas instâncias de poder, muitas delas com independência) é sistemicamente natural que haja alguma medida de inconsistência que poderia levar a decisões desiguais para casos substancialmente idênticos. Porém, apesar da possibilidade de divergência, é inconcebível que não haja mecanismos para uniformização que reduzam as possibilidades dos indivíduos serem tratados de maneira anti-isonômica.

Por outro lado, a segurança jurídica contém elementos que exigem estabilidade, certeza e duração da jurisprudência solidificada. Neste sentido, não basta que o entendimento seja uniforme; faz-se necessário também que o entendimento consolidado perdure e as mudanças de jurisprudência sejam operadas de maneira responsável, controlável, e com considerações a respeito da segurança jurídica no tempo. Esta tem sido também uma preocupação constante da doutrina no Brasil e no estrangeiro, e mesmo em países de *civil law*, onde o precedente não tem força vinculativa.

Por todas estas necessidades, nos últimos anos, vemos mais e mais autores a pugnar um aumento da força dos precedentes no nosso sistema, não apenas em nome da segurança (estabilidade x alterações na jurisprudência), mas também em favor da igualdade (uniformidade x independência).

Neste texto, deixaremos de lado a questão da isonomia para tratar somente da segurança jurídica frente a mudança de jurisprudência. E procuraremos abordar apenas a estabilidade da jurisprudência *consolidada*, não um único precedente (mas um conjunto de decisões), e desde que este complexo de decisões esteja maturado e solidificado como um entendimento estabilizado. Nossa proposta, portanto, é estudar soluções plenamente aplicáveis a um modelo de precedentes persuasivos, típico do *civil law*: não trataremos aqui cogitações *de lege ferenda* a respeito de "precedentes vinculativos".

¹¹ IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975, p. 223.

¹² KIRCHHOF, Paul. "Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung", in *Deutsches Steuerrecht*, n.9, 1989, p.263-264; KRUSE, Heinrich Wilhelm. "Kontinuität und Fortschritt der höchstrichterlichen Rechtsprechung", in *Festschrift – 75. Jahre Reichsfinanzhof – Bundesfinanzhof*. Bonn: Stollfuß, 1993, p.239 ss; BURMEISTER, Joachim. "Grenzen rückwirkender Verschärfung der Besteuerungspraxis aufgrund einer Änderung der Auslegung (veranlagungs-)steuerlicher Vorschriften durch die Finanzverwaltung und – gerichte", in *Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996, p.765; G.REINICKE e D.REINICKE. "Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung", in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, ano 10, n.6, 1956, p.327-328; LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*. München: C.H.Beck, 1996, p.117.

¹³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.130.

Muito bem, visto que um entendimento jurisprudencial estável condiciona comportamentos, nos tópicos seguintes propomos à reflexão as seguintes perguntas: a jurisprudência consolidada pode mudar? Deve mudar? Se afirmativa a resposta, como então promover a alteração de jurisprudência sem perda de segurança? Quais mecanismos podem ser utilizados para atingir este escopo?

2. Alteração de Jurisprudência Consolidada

Claro que a busca pela correção e o aprimoramento das decisões deve permitir alterações de conteúdo em julgamentos futuros. Da mesma forma que um entendimento consolidado deve ter estabilidade, deve ser natural a sua alteração pela percepção de que este mesmo entendimento está equivocada ou que a evolução da sociedade revela sua obsolescência.¹⁴ Em nome da evolução e desenvolvimento do direito, a jurisprudência, por tratar de uma realidade essencialmente mutável, deve estar aberta à mudança, mesmo de conclusões consolidadas pela reiteração decisória ao longo do tempo.¹⁵

Não obstante, o planejamento humano baseado na orientação jurisprudencial anterior pode ser dura e subitamente afetado por uma substancial violação às expectativas criadas na manutenção do entendimento estabilizado.¹⁶ Portanto, a mudança de jurisprudência deixa de ser apenas uma questão de cultura ou praxe, algo que poderia ser considerado sempre “normal”, e passa a dever ser analisada no contexto do Estado de Direito, especialmente em face das necessidades de segurança jurídica.¹⁷ Sem embargo, a continuidade da jurisprudência dos tribunais é um fator importante para a criação das expectativas,¹⁸ e então deve haver uma medida de constância na jurisprudência, não podendo ser alterada sempre e por qualquer motivo.

Ora, nesse cenário em que a jurisprudência é um fator de previsibilidade e calculabilidade no tráfego jurídico, não pode haver surpresa dos litigantes que pautaram seus comportamentos na jurisprudência anterior.¹⁹ Impende haver proteção para a parte que confiou na manutenção do entendimento consolidado.²⁰

¹⁴ MARKMAN, Stephen. “Precedent: tension between continuity in the Law and the perpetuation of wrong decisions”, in *Texas Law Review of Law and Politics*, vol.8, n.2, abr. 2004, p.283.

¹⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.282 ss.

¹⁶ BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Münster-New York: Waxmann, 1991, p.29.

¹⁷ SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p.180; KIRCHHOF, Paul. “Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung”, Op.cit., p.264; KRUSE, Heinrich Wilhelm. “Kontinuität und Fortschritt der höchstrichterlichen Rechtsprechung”, Op.cit., p.239-240.

¹⁸ ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1974, p.86-88; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, Op.cit., p.611.

¹⁹ KIRCHHOF, Paul. “Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung”, Op.cit., p.269.

²⁰ KOHLER, Helmut. “Gesetzesauslegung und ‘gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung’”, in *Juristische Rundschau*, n.2, fev, 1984, p.45-47; PIEKENBROCK, Andreas. “Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 119 Band, Heft 1, 2006, p.11; GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.10 ss.

Assim, em casos onde a mudança possa prejudicar indivíduos que tomaram condutas com base na jurisprudência anterior, algum mecanismo deve existir para evitar o dano aos agentes de boa-fé.²¹

3. Segurança Jurídica como Continuidade

É corrente o entendimento de que a segurança jurídica, seja derivada da cláusula do Estado de Direito, seja compreendida como princípio autônomo, incorpora ideias como *certeza, previsibilidade, confiabilidade, coerência, etc.*²² Sem embargo, uma norma não pode ser imprecisa ao ponto de revelar-se incompreensível, até porque a litigiosidade e o conflito são estimulados quando o conteúdo das normas é duvidoso.²³ Por outro lado, o ordenamento jurídico não pode ser um conjunto caótico e descoordenado de pontos isolados e sem comunicação entre eles. Ao visualizarmos o sistema jurídico, devemos poder enxergar um complexo de regras consistente e coerente, que permita aos indivíduos e aos órgãos de Estado trabalhar com as normas dentro de um quadro minimamente seguro e estável, tanto no que se refere à determinabilidade, precisão e compreensibilidade de seu conteúdo, como também no que tange à estabilidade dos atos jurídicos. Então, a segurança jurídica deveria atuar para emprestar ao conjunto de normas que forma o ordenamento qualificativos como a estabilidade, coerência sistêmica, harmonia interna, ausência de contradições, permanência, duração, etc.

Tradicionalmente, sempre se tratou do tema da segurança como se o Estado, ao procurar atribuir estabilidade ao conteúdo dos atos pretéritos, necessariamente perdesse, total ou parcialmente, sua capacidade de reagir de maneira flexível e adaptável a novas realidades. Esta forma ortodoxa de conceber a segurança descrevia-a como algo incompatível com a mudança.²⁴

Contudo, o tratamento da segurança jurídica, atualmente, não se compadece mais com uma abordagem estática, típica do formato da segurança-imutabilidade, que se baseia nos referenciais de inalterabilidade, indiscutibilidade, imunização,

²¹ BÄR, Rolf. *Praxisänderung und Rechtssicherheit*, in FORSTMOSER, Peter e SCHLUEP, Walter R. (Ed.). *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*. Bern: Stämpfli, 1982, p.1; ROBBERS, Gerhard. *Rückwirkende Rechtsprechungsänderung*, in *Juristen Zeitung*, ano 43, n.10, 1988, p.485.

²² IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. Op.cit., p.223; SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. München: C.H.Beck, 1993, p.77-79; KIRCHHOF, Paul. *Vertrauensschutz im Steuerrecht*, Op.cit., p.1-2; SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard. *Der Rechtsstaat*, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band II: *Verfassungsstaat*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996, p.587; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p.94; PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence?*, in KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; e WRIGHT, Georg Henrik (Ed.). *The Reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p.162, 168.

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Precedentes e evolução do direito", Op.cit., p.33; WOLKART, Erik Navarro. "Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção...", Op.cit., p.294.

²⁴ Percebe-se traços desta concepção em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Precedentes e evolução do direito", Op.cit., p.15, 19.

intangibilidade. Hoje em dia, o Estado de Direito precisa atuar na segurança jurídica de maneira flexível, permitindo proteção do conteúdo estável, mas acomodando novos elementos que apareçam ao longo do tempo. A segurança projeta-se num *continuum*, temporalmente balanceada entre as estabilidades pretéritas, as exigências do presente e as expectativas e prognoses futuras. E assim deve ocorrer também quando o Judiciário lida com posições jurídicas consolidadas.

Na atualidade, portanto, o formato mais adequado para a segurança jurídica é a segurança-continuidade.²⁵ A continuidade jurídica é um conceito que está na síntese da tensão entre uma total e estanque eternização de conteúdos estabilizados e o oposto de uma ampla e irrestrita alterabilidade. Continuidade, então, não significa petrificação, mas mudança com consistência,²⁶ protegendo os interesses humanos de estabilidade e permanência, mas viabilizando também a alteração das posições jurídicas estáveis.²⁷ Por conseguinte, a continuidade revela uma maneira de não bloquear totalmente as mudanças e, ao mesmo tempo, preservar a segurança.

Observe-se que, por um lado, a continuidade favorece a segurança jurídica, revelando-se no *dever* do Estado de estabilização do sistema jurídico no longo prazo.²⁸ De fato, a continuidade incorpora a necessidade de constância (*Beständigkeit*) e consistência (*Stetigkeit*) nos procedimentos de mudança normativa,²⁹ pressionando pela invariabilidade das regras (e também, como veremos, do entendimento jurisprudencial consolidado).³⁰ Não obstante, essa tendência de estabilidade não é definitiva, intangível, imutável, inalterável. Trata-se de uma força *prima facie* que pode ser infirmada se circunstâncias especiais demonstrarem a necessidade de modificação daquela posição jurídica. O direito pretende valer permanentemente, mas deve incorporar elementos móveis e de conteúdo variável, inclusive no tempo.³¹

Portanto, não se trata apenas de focar a continuidade jurídica na consistência, constância, e portanto contra a mudança. O estudo da continuidade

²⁵ KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. Op.cit., p.102; WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983, p.52; Schulze-Fielitz, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, Band II, 1998, p.184.

²⁶ WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis*, in *Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein*. Köln: Otto Schmidt, 1994, p.1025; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*. Op.cit., p.4-5, 15, 376.

²⁷ COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin: de Gruyter, 5ª ed., 1993, p.148; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen...* Op.cit., p.94.

²⁸ LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004, p.200; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Op.cit., p.373. A previsibilidade como componente da segurança jurídica é um tema há muito estudado no campo da revogação de leis. Cf. KISKER, Gunter. *Die Rückwirkung von Gesetzen. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*. Tübingen: Mohr, 1963, p.17 e 93 e ss.

²⁹ BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. Op.cit., p.11.

³⁰ KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*. München: C.H.Beck, 1994, p.171.

³¹ MERKL, Adolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: Springer, 1927, p.209-210.

abraça também o reconhecimento de uma *margem permitida de alterabilidade*.³² Trata-se de enxergar uma “mínima medida” de consistência, a proteção de um *minimum* de continuidade³³ ao lado de uma esfera marginal de mudança sistemicamente autorizada. Portanto, a força da continuidade atribui ao sistema apenas uma duração tendencial,³⁴ sem precluir ou impedir a alteração de conteúdos estáveis.

3.1. Continuidade Jurídica, Segurança e Alteração de Jurisprudência

Vimos que as pessoas programam suas vidas e suas condutas com base na expectativa da manutenção de uma regra. E, na visão do indivíduo, pouco importa se a alteração normativa que pode surpreendê-los virá por uma nova lei, ato administrativo ou por uma guinada no entendimento jurisprudencial.³⁵ Se os efeitos são os mesmos, prejudicando o planejamento que considerou e confiou na expectativa de manutenção da jurisprudência constante, então a proteção das expectativas na alteração de entendimento consolidado dos tribunais deve ser assemelhado ao das alterações das leis e normas regulamentares.³⁶

Em qualquer caso, a segurança jurídica deve proteger as expectativas daqueles que legitimamente confiaram na subsistência daquela conclusão no tempo, e praticaram atos tomando este conteúdo estabilizado em consideração. Isso se aplica também no que se refere às decisões jurisdicionais estáveis,³⁷ campo no qual a doutrina estrangeira tem aplicado os conceitos de segurança, continuidade ou, mais comumente, de proteção da confiança.³⁸

³² LEISNER, Walter. *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze*, in *Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1973, p.281; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* Op.cit., p.19.

³³ KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª ed., 1976, p.263-264, na linha de vinculações presumidas das prejudiciais. No mesmo sentido, LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* Op.cit., p.197.

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.133; Idem. Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada, in: *Temas de Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.409; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*. Op.cit., p.586 e ss; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* Op.cit., p.354 e ss; MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima, in *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115-117; PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p.118; MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in ISENSEE, Josef e KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F.Müller, III, 1996, p.417.

³⁵ GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.11.

³⁶ MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. Op.cit., p.468-469; OSSENBÜHL, Fritz. *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat. Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, n.1-2, jan, 1972, p.33; Schulze-Fielitz, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, Op.cit., p.193. Confira-se ainda o debate em KNITTEL, Wilhelm. *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*. Bielefeld: Gieseking, 1965, p.20 ss, 50 ss.

³⁷ LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...* Op.cit., p.153.

³⁸ BOUJONG, Karlheinz. *Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs*, in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 2005, p.1238-1239.

Pensamos que o princípio de proteção da confiança se aplica também aos atos jurisdicionais, embora esta seja uma conclusão reconhecida só mais recentemente que para os atos administrativos e legislativos, para os quais a aplicação do princípio é muito mais antiga.³⁹ De fato, vários autores veem na proteção da confiança o fundamento para restringir a mudança de jurisprudência retroativa.⁴⁰ Se a mudança de jurisprudência reflete uma colisão intertemporal de normas,⁴¹ e a proteção da confiança assume, no contexto do Estado de Direito, uma dimensão de “confiança intertemporal”,⁴² esta também deveria ser protetiva dos direitos individuais na mudança de jurisprudência.

Porém, a questão é polêmica, e muitos autores são contrários à aplicação do princípio da proteção da confiança nas alterações de jurisprudência. Claus-Wilhelm Canaris, p.ex., afirma não ser possível justificar o problema da revogação de jurisprudência na *Vertrauensschutz* porque este seria um princípio muito vago e que nem sempre é invocado contra o Estado. O professor de Munique prefere usar conceitos “civilistas” como o abuso de direito (*Rechtsmissbrauch*).⁴³

Outros autores, como Leisner e Burmeister, engrossam o coro e também afirmam que a proteção da confiança não serve para bloquear alterações de jurisprudência. Por um lado, não poderia existir uma autovinculação dos tribunais aos entendimentos anteriores,⁴⁴ sob pena de estarmos impedindo a evolução e o aprimoramento do direito, aprisionando os tribunais a entendimentos e interpretações não mais aceitáveis.⁴⁵ Fortes na não vinculatividade da jurisprudência nos ordenamentos do *civil law*, sustentam que não se poderiam aplicar os mesmos critérios consagrados para a proteção da confiança em relação aos atos legislativos porque, no caso da mudança legal, a lei anterior efetivamente existiu e foi válida; na mudança de jurisprudência, o entendimento superado corresponderia a uma “má-compreensão” do direito, e então não haveria em verdade qualquer alteração normativa.⁴⁶ Não existiria, portanto, um direito do particular à confiança em uma “percepção antiga e ruim do juiz”, não havendo expectativa legítima a ser tutelada.

Ademais, afirma-se que, pela limitação subjetiva *inter partes* da coisa julgada, normalmente as decisões judiciais não devam gerar confiança para ninguém.⁴⁷

³⁹ BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Op.cit., p.28.

⁴⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009, p.174-175; BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Op.cit., p.29.

⁴¹ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.714, 719; PIEKENBROCK, Andreas. *“Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem”*, Op.cit., p.21.

⁴² SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Op.cit., p.163: “intertemporäre Verlässlichkeit”. PIEKENBROCK, Andreas. *“Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem”*, Op.cit., p.32-33 e 38.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. “Anmerkung zum BAG – Beschluss vom 6.1.1971”, in *Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen*, n.1, 1972, p.22-23.

⁴⁴ BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. Op.cit., p.35.

⁴⁵ LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, Op.cit., p.538-541.

⁴⁶ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.441-442.

⁴⁷ Cf. ROBBERS, Gerhard. “Rückwirkende Rechtsprechungsänderung”, Op.cit., p.485.

Com todas as vênias aos ilustres autores, estas críticas são, em nosso sentir, fundadas em premissas equivocadas. Em primeiro lugar, apesar da coisa julgada ser limitada às partes, os efeitos das decisões podem atingir os terceiros, o que já seria fundamento suficiente para justificar uma preocupação com a proteção da confiança. De outro lado, a aplicação do princípio da proteção da confiança é hoje corriqueira, havendo menos vagueza e maior quantidade de parâmetros aplicativos, o que torna sua utilização controlável e racional. Ademais, a proteção da confiança é essencialmente um direito do indivíduo contra o Estado. Além disso, como o juiz não aplica a lei, mas a lei interpretada, hoje já se aceita muito mais a força criativa da decisão judicial, sendo cada vez mais claro que o entendimento dos tribunais é também condicionante aos juízos inferiores pela força persuasiva das decisões, ainda que não vinculantes.⁴⁸ Por fim, em decisões de espectro subjetivo mais amplo, de definição de conteúdo normativo geral (incidente de recursos repetitivos, repercussão geral, etc), pode-se compreender que a pretensão de correção do tribunal, somada à abrangência do pronunciamento, possam gerar confiança legítima, já que serão modelos de conduta futura.⁴⁹

Não obstante, ainda que se defenda que o princípio da proteção da confiança não poderia ser considerado o fundamento para as restrições à mudança jurisprudencial, a vertente da continuidade jurídica impõe deveres aos tribunais de permanência e duração da jurisprudência consolidada reclamando métodos e técnicas de preservação da segurança jurídica na mudança de entendimento consolidado.

Isso porque a própria noção de jurisprudência depende de uma certa continuidade das decisões.⁵⁰ As decisões de alteração de jurisprudência devem, então, preocupar-se com o futuro, para que o indivíduo que se programou com base na jurisprudência anterior possa praticar atos jurídicos sem ser surpreendido.⁵¹ Portanto, ambos os princípios, continuidade jurídica e proteção da confiança, complementam-se na questão da estabilidade da jurisprudência.⁵²

⁴⁸ Kriele chega a afirmar que as decisões anteriores gerariam uma espécie de “presunção”. Cf. KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op.cit., p.246, 262 ss.

⁴⁹ Nestes casos, pode-se fazer alguma analogia sobre a retroatividade da jurisprudência com a retroatividade das leis. Cf. LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, Op.cit., p.536-538, 616-618.

⁵⁰ LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *“Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung”*, Op.cit., p.208.

⁵¹ KNITTEL, Wilhelm. *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.59-60.

⁵² O Tribunal Superior do Trabalho alemão justifica a estabilidade da jurisprudência não apenas na proteção da confiança, mas também no princípio da continuidade: ambos devem impor limites à alteração. Confira-se BAGE 45, 277 (288). Não obstante, lembre-se sempre que o princípio da proteção da confiança tem um caráter subjetivo: para que seja implementada a proteção da confiança de um indivíduo quando a alteração da jurisprudência se fizer necessária, deve haver um comportamento concreto para justificar a base da confiança. Sobre o tema, Cf. ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Op.cit., p.82-84; PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.539 ss; BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. Op.cit., p.26 ss; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, Op.cit., p.541.

3.2. A Importância da Argumentação para que se Verifique a Estabilidade da Jurisprudência

Não há um conceito claro que defina qual é a *ratio decidendi* de uma jurisprudência consolidada; tampouco se sabe com precisão o que significa uma mudança jurisprudencial ou da *praxis* judiciária nos ordenamentos do *civil law*.

Nos ordenamentos do *common law*, mais acostumados a lidar com a jurisprudência (pelo caráter vinculativo do precedente), os estudos sobre as decisões passam não apenas pela identificação do conteúdo da regra do precedente (a identificação da *ratio decidendi* ou *holding*), mas também uma perspectiva “externa”, sobre como aquele precedente ou aquela jurisprudência deve se comportar diante de novos elementos que alterem as bases do raciocínio que levou ao entendimento consolidado.⁵³

Naqueles ordenamentos, fala-se no *overruling* como sendo a superação de uma regra jurídica estabelecida em uma decisão anterior, decisão que fora a primeira a tratar daquele tema (*case of first impression*), e que é, em termos simples, a decisão que “lidera” a jurisprudência sobre a matéria (*leading case*).⁵⁴

Porém, não é possível aplicar estes conceitos aos ordenamentos de precedente não vinculativo ou meramente persuasivo. Nestes, como no Brasil, a jurisprudência se constitui de uma série de decisões, e não apenas uma. Portanto, sua alteração deve ser verificada não só por uma outra decisão que conclua em sentido diverso de todas aquelas que compunham a jurisprudência anterior; é necessário que haja uma certa reprodução e estabilização do novo entendimento para que se possa constatar uma mudança jurisprudencial.⁵⁵ Somente em raras hipóteses poderíamos pensar num *overruling* no sentido anglo-americano. Isso seria imaginável em certas decisões do STF (p.ex., que analisam a repercussão geral em recurso extraordinário) e também do STJ (como nas decisões no julgamento de recursos especiais repetitivos).⁵⁶ Estes tribunais por vezes decidem também recursos específicos de uniformização de jurisprudência, como os embargos de divergência, que são julgados por órgãos de composição mais representativa, como as Seções ou o Pleno.⁵⁷ Nestes casos, uma única decisão poderia ser considerada como *overruling* de todo o conjunto consolidado de arestos que anteriormente aplicavam o entendimento oposto.

Na generalidade dos casos em que falamos, no Brasil, sobre “superação”, “revogação” ou “mudança” de jurisprudência consolidada, pensamos numa “virada” de entendimento que pode até se iniciar de uma única decisão, mas que, para

⁵³ Esta perspectiva externa é salientada por MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p.214-215.

⁵⁴ Sobre o tema, Cf. PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.126-129; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.304.

⁵⁵ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.130-134.

⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*, Op.cit., p.81.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Op.cit., p.532 ss.

significar a substituição de uma conclusão estável por outra, depende igualmente de que o novo entendimento venha a ser reiterado em outros círculos decisórios e por algum tempo.

Nesse contexto, o que é talvez o mais interessante notar é que o estudo da segurança jurídica da jurisprudência, bem assim as formas e técnicas para sua revisão ou superação, revela que a estabilidade aqui depende fundamentalmente de uma análise sobre os argumentos das partes e do juízo. Isto é, ao contrário de outras formas de estabilidade processual (como a coisa julgada), nas quais a comparação de conteúdo para que se verifique haver ou não estabilidade (e para se seguir a quebra de estabilidade) revela-se num exame das conclusões da decisão (o dispositivo), na jurisprudência consolidada é o exame dos fundamentos, do debate em contraditório, das razões de decidir, que permitirá aquilatar se havia um conjunto sólido de decisões unívocas que poderia ser considerado uma “jurisprudência consolidada”, e é neste mesmo complexo de argumentações, cotejado com o novo entendimento, que se poderá identificar uma reversão ou superação daquela conclusão anterior. E, para descobrir este núcleo de questões estáveis que está sendo modificado, mister se faz analisar a fundamentação.

E a segurança jurídica das expectativas criadas pela jurisprudência consolidada também dependerá desta verificação. De fato, o que gera a confiança, expectativas, é a *ratio decidendi*, até porque é esta que está relacionada com a vinculatividade.⁵⁸ Assim, a análise da quebra de estabilidade da jurisprudência remete o jurista a uma análise do procedimento em contraditório, vale dizer, um exame muito mais dinâmico do que aquelas técnicas tradicionalmente aplicadas para verificação da existência de coisa julgada, por exemplo.

4. Exemplos Brasileiros de Retroação de Jurisprudência Violadora da Segurança Jurídica: Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Para evidenciar a necessidade de estudo e reflexão sobre a mudança de jurisprudência, e a surpresa que a aplicação retroativa de um novo entendimento pode gerar, traremos alguns exemplos recentes de retroação de decisões que geraram, e certamente ainda produzirão, muitos prejuízos, em patente violação à proteção da confiança legítima e à continuidade jurídica.

⁵⁸ SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. Op.cit., p.81; BODENHEIMER, Edgar. *Präjudizverwertung und Gesetzesauslegung im amerikanischen Staat*. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 160, 1961, p.4-16; RIEZLER, Erwin. *Ratio decidendi und obiter dictum im Urteil*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 139, 1934, p.161-162; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...* Op.cit., p.201. Sobre a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, confira-se, no direito brasileiro, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”, Op.cit., p.39-40, 46; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op.cit., p.335 ss; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Op.cit., p.175 ss; NUNES, Dierle. “Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p.267 ss; WOLKART, Erik Navarro. “Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção...”, Op.cit., p.295; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.105 ss; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Op.cit., p.71 ss.

Especialmente nesta coletânea, em que se estuda, em retrospectiva, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em matéria processual, entendemos relevante também apresentar nossa crítica ao tratamento que já foi dado, em algumas oportunidades, à alteração de entendimento consolidado nos tribunais superiores brasileiros.

Exemplo de aplicação retroativa de um novo entendimento jurisprudencial foi da orientação jurisprudencial n. 320 do TST, referente ao sistema de protocolo integrado. Este sistema tinha sido criado, em alguns Tribunais do Trabalho, para permitir que varas do interior recebessem o protocolo de recursos destinados a outras varas e ao próprio tribunal. O TST afirmou que este protocolo só valia no âmbito do próprio tribunal local, mas não no TST, e passou a inadmitir diversos recursos com base neste novo entendimento, mesmo que os recursos tivessem sido interpostos muito tempo antes. Seria óbvio ressaltar que inúmeros recorrentes foram prejudicados. E as enormes dificuldades práticas decorrentes desta aplicação retroativa e sem preocupação com a segurança jurídica geraram a revogação desta orientação jurisprudencial.⁵⁹

Outro exemplo pode ser extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que operou uma retroativa mudança de jurisprudência que certamente gerou e ainda produzirá inúmeros prejuízos. Tratava-se da questão de saber qual seria o termo *a quo* para os prazos do Ministério Público, se seria contado a partir da entrada física dos processos no protocolo do órgão, ou do recebimento pessoal pelo membro (Promotor ou Procurador), com a aposição do "ciente". A jurisprudência do STJ, que outrora decidira que deveria ser contado o prazo do recebimento pessoal dos autos pelo membro do MP, passou a entender que o prazo deveria começar a transcorrer da entrada do processo no órgão, ainda que o processo, por burocracia interna, demorasse para chegar às suas mãos. Pois bem, até aí, seria uma alteração normal de entendimento, operada pela convicção da corte de estar aprimorando sua interpretação das regras legais.⁶⁰ No entanto, posteriormente, o STJ decidiu que a nova contagem do prazo seria aplicada retroativamente, isto é, também aos casos anteriores aos arestos que mudaram o entendimento.⁶¹ Ora, com todas as vênias, não podemos concordar. Isto porque as partes sempre se pautaram pelo entendimento anterior, e então os membros do MP, durante anos, utilizavam o prazo contando o termo *a quo* a

⁵⁹ Cf. MALLETT, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista de Processo*, ano 31, n.133, mar. 2006, p.73.

⁶⁰ Inclusive concordamos, no mérito, com o Superior Tribunal de Justiça.

⁶¹ AgRg nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 403.153-SP, Rel.Min.Castro Meira. Embargos de Divergência. Ministério Público. Prazo Recursal. Termo *a quo*. 1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que os prazos processuais para o Ministério Público começam a correr a partir da entrega dos autos no protocolo administrativo do órgão. Precedentes da Corte Especial: AgREsp 734.358/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18.12.06; EREsp 337.052/SP, Rel. Min.Felix Fischer, DJU 14.03.05; REsp 628.621/DF, Corte Especial, Rel. Min.Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 06.09.04. 2. Não pairam dúvidas de que esse entendimento é aplicável também aos recursos apresentados em momento anterior à sedimentação do posicionamento da Corte Especial, haja vista que é manifesto o conteúdo declaratório dos julgamentos, os quais não criaram nova regra acerca da tempestividade – fenômeno que deriva da edição de uma lei–, mas apenas procederam à interpretação de normas já vigentes. 3. Agravo regimental não provido. Brasília, 02 de agosto de 2010 (data do julgamento).

partir da chegada dos autos a seus gabinetes. Quantos devem ter sido os arrazoados, talvez até mesmo com prazos peremptórios (como recursos), que foram protocolados em juízo acreditando ser esta a maneira correta de computar o prazo?! A retroatividade aplicada pelo STJ fere patentemente o dever de continuidade que os tribunais devem observar, surpreendendo os litigantes (no caso, um órgão estatal que atua a serviço da sociedade), com uma abrupta e retroativa alteração jurisprudencial. O que é ainda mais flagrantemente violador da continuidade jurídica é que tal decisão foi tomada no julgamento de um recurso específico para uniformizar jurisprudência, os embargos de divergência em recurso especial, sede na qual as preocupações da corte com o impacto da decisão e a estabilidade na mudança deveriam ser ainda maiores.⁶²

Após estes exemplos, pensamos estar demonstrada a importância de mecanismos compensatórios para evitar uma perniciosa retroação das decisões judiciais em contrariedade à segurança-continuidade.

5. Mecanismos Preventivos e Técnicas Reparadoras para Preservação de Segurança na Mudança de Jurisprudência

Pois bem, fixadas as premissas de que: 1) a jurisprudência consolidada gera padrões de conduta individual, e que, por este motivo, 2) deve haver proteção às posições estáveis quando da mudança de jurisprudência, coube à doutrina teorizar a respeito de técnicas eficazes de implementar a segurança-continuidade na alteração de entendimentos jurisprudenciais consolidados.

Dentre estes mecanismos, alguns podem ser considerados “reparatórios” ou “compensatórios”, como são as *regras de transição* editadas pelo Judiciário. Sobre este tema, não será possível ampliar o debate nestas linhas, e remetemos o leitor a outro texto.⁶³

Aqui concentraremos nossos esforços numa técnica diversa, que poderia ser denominada de “preventiva” porque atua num momento anterior à alteração da jurisprudência em si. Trata-se do anúncio público de revisão de entendimento, também chamada de decisão ou julgamento-alerta.

5.1. Julgamento-alerta: o Anúncio Público da Possível Mudança ou Reapreciação do Entendimento Consolidado

Os mecanismos preventivos de atuação da continuidade jurídica na mudança de jurisprudência têm como objetivo prevenir as mudanças abruptas e alertar para uma possível alteração futura, e então preparar os indivíduos para que não mais se pautem naquele entendimento até então consolidado. O mais importante

⁶² Veja-se que a aplicação da proteção da confiança, neste caso, não pode ser implementada porque, para a maioria da doutrina, o princípio só se aplica em favor dos indivíduos, mas não em favor do Estado; o que justificaria a utilização de técnicas reparadoras, como a modulação de efeitos da jurisprudência, é o princípio da continuidade, demonstrando, ainda uma vez, tratar-se de tutelas diversas em complementares. Cf. BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Op.cit., p.31 e 212.

⁶³ Sobre o tema, confira-se o nosso CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2013, passim.

instrumento deste tipo é o que poderia ser denominado de “anúncio público” de revisão de jurisprudência consolidada.

Através desta técnica, o tribunal veicula a informação de que estará revendo, reavaliando, reapreciando, em casos futuros, o posicionamento até então mantido e reiterado.⁶⁴ O anúncio equivale a uma pronúncia de que a corte “duvida” da correção do entendimento aplicado até aquele momento, e portanto se afigura possível a alteração de sua conclusão a respeito do tema.⁶⁵

Este tipo de decisão não é um pressuposto para a modificação da jurisprudência, e tampouco poderia ser enxergado como uma obrigatoriedade para os tribunais,⁶⁶ até porque as próprias características deste tipo de comunicação mostram que a corte ainda considera haver necessidade de alguma reflexão adicional antes que a mudança seja implementada,⁶⁷ caso contrário já o teria feito. Assim, o conteúdo do anúncio não é vinculativo, nem para as instâncias inferiores, nem para o próprio tribunal. Vale dizer, pode haver o anúncio sem que posteriormente a mudança de jurisprudência se verifique.

Mas ainda que o anúncio público não seja vinculativo, esta técnica tem importantes aspectos de harmonia e continuidade sistêmica, e empresta à jurisdição uma “abordagem voltada à regra futura” (“*future-law approach*”),⁶⁸ reduzindo-se o impacto da mudança de entendimento nos comportamentos humanos.⁶⁹ E a relevância do instituto pode se analisada tanto do ponto de vista dos indivíduos como nos interesses do tráfico jurídico.

Do lado individual, o anúncio público representa uma decisão-alerta (*Warnurteil*),⁷⁰ informando da relativa insegurança que se visualiza sobre como será consolidado o entendimento jurisprudencial sobre a matéria (afinal, é uma pronúncia de que a corte poderá mudar sua posição), e então desde logo comunica-se que não se poderá alegar, em processos futuros, que as partes se pautaram confiando na manutenção do entendimento pretérito. A partir da decisão, os particulares podem (e devem) deixar de praticar condutas que sejam exclusiva ou preponderantemente baseadas na jurisprudência cuja revisão pode vir a acontecer, ou na interpretação rejeitada pela corte.

⁶⁴ Cf. WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel...*, Op.cit., p.1034-1035.

⁶⁵ BÄR, Rolf. “*Praxisänderung und Rechtssicherheit*”, Op.cit., p.8-9.

⁶⁶ BOUJONG, Karlheinz. “*Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs*”, Op.cit., p.1239; BÄR, Rolf. “*Praxisänderung und Rechtssicherheit*”, Op.cit., p.18.

⁶⁷ BIRK, Rolf. “*Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen. Rechtssoziologische und methodologische Bemerkungen zum Urteil des BAG vom 26.10.1973*”, in *Juristen Zeitung*, 1974, p.738.

⁶⁸ DWORKIN, Gerald. *Stare decisis and the rule of law. Modern Law Review*, ano 25, n.2, mar, 1962, p.177 ss. No Brasil, SANTOS, Evaristo Aragão “Em torno do conceito e da formação do precedente judicial”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p.179.

⁶⁹ Em sentido similar, LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*. Op.cit., p.136-137; PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.684; No mesmo sentido, afirma Maurer: “*Die Problematik der Rechtsprechungsänderung würde entschärft, wenn das jeweils zuständige oberste Gericht die künftige Änderung seiner Rechtsprechung vorher, also in einem früheren Urteil, durch ein ober dictum, ankündigen würde*”. MAURER, Hartmut. “*Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*”, Op.cit., p.472.

⁷⁰ RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Op.cit., p.212 ss; BIRK, Rolf. “*Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...*”, Op.cit., p.740.

Já no que tange aos interesses sistêmicos referentes ao tráfego jurídico, a técnica permite ao órgão decisório estatal não só cumprir seu dever de continuidade, operando transições suaves entre dois regramentos, como ainda facilita a verificação futura da tutela individual da confiança legítima. Com efeito, ao operar o anúncio público, alertando sobre a possível revisão do entendimento jurisprudencial, o tribunal *transfere o risco* dos prejuízos pela alteração da estabilidade para o particular. Portanto, caso programe suas atividades com base no entendimento que venha a ser alterado, o indivíduo não poderá alegar expectativas legítimas dignas de proteção, porque sua conduta, a partir do momento do anúncio público, fora tomada assumindo o risco da mudança.⁷¹

Com a publicação e divulgação desta notícia, inclusive na imprensa, pode ficar descaracterizada a *legitimidade* da confiança depositada pelo particular na manutenção da jurisprudência anterior.⁷² De fato, as expectativas na aplicação do direito (*Rechtsanwendungserwartungen*) perdem sua razão quando os tribunais anunciam que estarão refletindo sobre a sua jurisprudência até aquele momento consolidada.⁷³ Note-se que, para que este tipo de anúncio público seja eficaz, a amplitude da publicidade dada deve ser a maior possível, inclusive com a utilização de meios eletrônicos como a *internet*.⁷⁴

Ainda se pode pensar em outro efeito desta técnica do ponto de vista da interação institucional entre os diversos tribunais nas variadas instâncias recursais. É que, a partir do anúncio público de uma possível revisão da jurisprudência, mesmo que esta alteração não seja certa, pode-se imaginar numa postura de cautela das cortes inferiores em invocar um entendimento consolidado para certos tipos de decisão em que a existência de jurisprudência consolidada é pressuposto. Assim, técnicas como o julgamento monocrático pelo relator (arts.120, parágrafo único; 557 e §1º-A; 544, §4º, "b" e "c", todos do CPC), a súmula impeditiva de recurso (art.518, § 1º do CPC), a repercussão geral (arts.543-A, §3º; 543-B, §2º, ambos do CPC), a não aplicação do duplo grau de jurisdição obrigatório (art.475, §3º do CPC), ou mesmo o recebimento do recurso especial com fundamento no dissídio jurisprudencial (art.105, III, "c" da CR/88; art.541 do CPC), todas podem deixar de ser aplicadas ou terem sua aplicação relativizada diante da instabilidade que persiste, após o julgamento-alerta, a respeito da manutenção da jurisprudência consolidada.

Apesar das muitas vantagens que a técnica processual poderia trazer, existem alguns fatores que fazem com que certos setores doutrinários ainda se demonstrem refratários à adoção do aviso público em julgamentos. Sem embargo, muitos parecem ser contra o julgamento-alerta, de um lado, porque não seria algo típico da função jurisdicional; ou também porque o aviso corresponderia a uma

⁷¹ WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Op.cit., p.185, 191, 227.

⁷² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...* Op.cit., p.187; SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Op.cit., p.181; ROBBERS, Gerhard. "Rückwirkende Rechtsprechungsänderung", Op.cit., p.488.

⁷³ SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H.Beck, 5ª ed., 1995, p.823; BIRK, Rolf. "Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...", Op.cit., p.737, 739.

⁷⁴ MAURER, Hartmut. "Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz", Op.cit., p.472-473.

mera especulação, que poderia tornar a jurisprudência demasiadamente instável. Afirmar-se ainda que as decisões-alerta poderiam gerar frustração ou prejudicar a confiança depositada no Judiciário, sobretudo se a anunciada mudança de entendimento não ocorresse.⁷⁵ Note-se que, mesmo quando efetivamente reavaliada pelo tribunal (o que pode nem mesmo vir a acontecer), se a interpretação ou aplicação anterior for “mantida” ou “confirmada”, isto é, “reabilitada”, realmente terá havido alguma insegurança no tráfego jurídico no período entre o anúncio público e a confirmação da tese anterior.⁷⁶

A doutrina faz algumas restrições também à possibilidade de utilização do anúncio por ele ser *prévio*, isto é, anterior ao caso em que venha a operar a mudança de entendimento. Sustenta-se que, se por um lado a técnica realmente pode proteger os indivíduos da surpresa de uma mudança da jurisprudência, ela deveria sempre ser operada no próprio caso em que a corte verificou que um novo entendimento deve prevalecer. Então correto seria mudar imediatamente o entendimento e ponderar, com base na continuidade jurídica, a necessidade de aplicação de regras de transição (como a modulação temporal dos efeitos da decisão).

De nossa parte, balanceando as críticas e as vantagens do instituto, temos que a proteção da continuidade deve ser vista como uma função da jurisdição contemporânea, uma preocupação com os resultados do processo para além da eficácia *inter partes*.⁷⁷ Os avisos, informações, instruções para as instâncias inferiores e para todos os indivíduos enquadram-se em tarefas do Judiciário na atualidade, atividade que escapa à mera solução do *Streitgegenstand*,⁷⁸ é verdade, mas que devem ser compreendidas como funções jurisdicionais. Ademais, a publicização do processo moderno faz com que devam ser repensados os meios de comunicação e interação do Judiciário com as partes, as instâncias inferiores, os advogados, outros órgãos de Estado, juristas,⁷⁹ etc., num verdadeiro diálogo institucional.

5.2. Exemplos de Anúncio Público na Jurisprudência Estrangeira

A técnica dos julgamentos-alerta ou anúncios públicos tem sido constantemente verificada na jurisprudência no direito comparado. Já foi implementada, p.ex., em julgados da *House of Lords* inglesa,⁸⁰ do Tribunal Federal suíço,⁸¹ e do Tribunal Constitucional austríaco.⁸²

⁷⁵ BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.741-742. Cf. PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.691-692.

⁷⁶ RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Op.cit., p.214-216.

⁷⁷ Cf. KIRCHHOF, Paul. “Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung”, Op.cit., p.270.

⁷⁸ SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. Op.cit., p.180.

⁷⁹ BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.735-736.

⁸⁰ *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.* (1963) 2 All E.R.575. No voto de Lord Devlin, lê-se que “Cases may arise in the future in which a new and wider proposition, quite independent of any notion of contract, will be needed. (...) and when similar facts arise in the future, the case will have to be judged afresh in the light of the principles which the house has now laid down”.

⁸¹ BGE 102 I B 107; BGE 95 I 253.

⁸² VerfGH Slg. 1963 n.4365.

No direito estadunidense, por outro lado, existem alguns institutos mais conhecidos e que são diferentes da técnica do aviso público de mudança potencial de jurisprudência. Assim, não se deve confundir o julgamento-alerta com o chamado *antecipatory overruling*, pelo qual as cortes inferiores (que não produziram o precedente e que deveriam estar vinculadas a ele), entendem que há grande probabilidade de que a conclusão do precedente venha a ser superada pela corte superior, e então “antecipam-se” à revogação do precedente. No *antecipatory overruling*, a mudança de jurisprudência efetivamente ocorre, mas é operada de fato (e não de direito) pelas cortes inferiores (até porque só se pode falar num verdadeiro *overruling* se o tribunal superior confirmar posteriormente a substituição do precedente pelo novo entendimento).⁸³

Outra técnica praticada nos EUA, e que poderia ser erroneamente confundida com o julgamento-alerta é chamada *signaling* ou “sinalização”,⁸⁴ segundo a qual a corte reconhece que o conteúdo do precedente está errado e deve ser superado mas, em nome da segurança jurídica, afirma apenas sua “perda de consistência”, sinalizando a sua futura revogação.⁸⁵ Neste mecanismo, como se vê, o tribunal não duvida do desacerto do precedente, e tampouco parece que a mudança de jurisprudência seja apenas uma possibilidade, que pode ou não vir a se verificar. No caso de *signaling*, já existe uma conclusão pela superação do precedente, mas o *overruling* não é pronunciado de imediato para não ferir a segurança jurídica. Tanto a técnica como sua finalidade são diversas, como se vê.

Observam-se algumas decisões no direito norte-americano que os tribunais efetivamente estabelecem um diálogo, em nome da segurança jurídica, incentivando a adoção de padrões de conduta diversos quando entende que um entendimento estava equivocado. Isso ocorre inclusive na *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, e em certas hipóteses a corte expressamente sugere que os indivíduos não se pautem mais pelo entendimento anterior.⁸⁶ Porém, apesar de ser uma interação louvável para o tráfego jurídico, não é bem o uso do que aqui denominamos de julgamento-alerta.

Já no direito alemão, a técnica do julgamento-alerta vem sendo mais e mais aplicada. O aviso público de revisão de jurisprudência já foi pronunciado pelo

⁸³ Sobre o tema, Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012 p.109; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Op.cit., p.96; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.307; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”, Op.cit., p.43.

⁸⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p.122.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op.cit., p.335 ss; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Op.cit., p.92.

⁸⁶ England v. Medical Examiners, 375 U.S. 411, 422 (1964): “On the record in the instant case, the rule we announce today would call for affirmance of the District Court’s judgment. But we are unwilling to apply the rule against these appellants. As we have noted, their primary reason for litigating their federal claims in the state courts was assertedly a view that Windsor required them to do so. That view was mistaken, and will not avail other litigants who rely upon it after today’s decision (...)”.

Tribunal Constitucional⁸⁷ e pelo Tribunal Superior do Trabalho.⁸⁸ Com efeito, a corte trabalhista tedesca certamente é aquela que mais tem se valido dos julgamentos-alerta, e já o fez com a consideração de que a mudança de entendimento, quando relevante ao tráfego jurídico, mereceria debate mais prolongado e pluralista, e então o aviso público daria oportunidade para que outros argumentos fossem trazidos à consideração da corte.⁸⁹ Em suma, o mecanismo não só protege a confiança legítima, mas também facilita a atuação mais ampla de um contraditório participativo e de diálogos interinstitucionais, iluminando e democratizando o próprio procedimento de alteração do entendimento consolidado.

5.3. Forma e Conteúdo do Julgamento-alerta

A primeira referência que pode ser feita, quando pensamos nas características que este tipo de pronúncia deva conter, a forma e conteúdo do julgamento alerta, é sede em que pode ou deve ser operado.

É de imaginar que a mudança de jurisprudência seja sempre operada de maneira clara e direta, com grande destaque para os novos fundamentos e com realce na novidade, isto é, com ênfase em informar e divulgar que se trata de uma alteração de jurisprudência consolidada. Todavia, esta não é a realidade nem mesmo nos ordenamentos do *common law*, onde às vezes o *overruling* vem em notas de rodapé.⁹⁰

Portanto, se os tribunais pelo mundo não têm o cuidado de destacar a mudança de jurisprudência nem mesmo quando esta efetivamente ocorre, cabe aqui dedicarmos algumas linhas a uma preocupação maior ainda no caso dos julgamentos-alerta. É que esta técnica, como não significa ainda uma mudança, poderia ser operada pelos tribunais com menos rigor ou com reduzida preocupação com a divulgação que a manifestação deva receber.

Inicialmente, ressaltamos que é absolutamente fundamental que se aponte qual o instituto, direito ou regra que poderá ter sua interpretação revista ou cuja exegese esteja sendo redefinida. Ou seja, a *clareza e precisão* deste tipo de comunicação é essencial para que cumpra sua função garantística: são dois aspectos essenciais de uma técnica que procura estabelecer diretrizes para a programação da conduta humana, caso contrário não teria capacidade de conferir uma mínima certeza dos caminhos a seguir, e em nada acrescentaria em termos de calculabilidade e previsibilidade.

⁸⁷ BVerfGE 34, 9 (26). Confira-se, em doutrina, BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.736.

⁸⁸ BAGE 21, 237 (245).

⁸⁹ BAGE 22, 16 (21-22).

⁹⁰ É realmente algo no mínimo curioso se comparamos a importância da alteração e a negligência na sua documentação. Confirmam-se *Jones v. Mayer Co.*, 392 U.S. 409, 441-443, nota n.78 (1968); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 195-196 nota n.47, (1976).

Para ser eficaz, o aviso público de revisão de jurisprudência também deve ser transparente a respeito de quais as normas poderão ter sua aplicação ou interpretação revistas. O anúncio público deve ser direto, com menção determinada e específica em relação à direção possível da revisão de jurisprudência, de como pode ser decidida a matéria, sobre as normas ou a interpretação que poderão ser revistas, etc.⁹¹

Então, não serve para estes propósitos qualquer forma suave e imprecisa de “rejeição”, “repúdio” ou “não confirmação” da jurisprudência anterior que corresponda apenas a uma maneira indireta de criticar: este formato não presta para anunciar ou informar a respeito da intenção do tribunal de alterar seu entendimento.⁹² Portanto, não é aceitável que sejam compreendidas como um julgamento-alerta meras “desaprovações” manifestadas pela corte sem qualquer explicitação acerca da possível alteração ou revisão da jurisprudência no futuro.

A corte deve ser clara e transparente também em descrever a reflexão sobre a necessidade de alteração de jurisprudência apenas como uma possibilidade, que poderá não vir a ocorrer no futuro. O cuidado é de não redigir o aviso em termos que possam sugerir que a jurisprudência já se alterou.

Por outro lado, devemos lembrar também que a decisão-alerta deve vir, sempre que possível, no voto condutor do julgamento. Um voto vencido, p.ex., pode no máximo influenciar a formação de maiorias jurisprudenciais futuras, mas não pode ser considerado como base para a confiança porque não compôs a maioria vitoriosa naquela decisão.⁹³

Mas as preocupações sobre as formalidades desta técnica também existem mesmo se o aviso for publicado no voto que liderou a maioria. Isso porque o alerta pode vir, como sói acontecer, num *obiter dictum*.⁹⁴ O perigo é que, como o *obiter dictum* não faz parte do objeto do processo, nem sempre é exposto com clareza e frequentemente não é bem documentado. De fato, a imprecisão é mais comum nos argumentos laterais do que na *ratio decidendi*.⁹⁵ Assim, quando visualizados diversos *obiter dicta*, podemos ser levados a crer que uma consideração levantada apenas como um apelo à reflexão seja tomada como uma tendência jurisprudencial.⁹⁶ Portanto, quando o aviso público for proferido em *obiter dictum*, deve-se atentar para que também este trecho da fundamentação seja divulgado, e não apenas a *ratio decidendi*, o dispositivo, a ementa ou qualquer extrato da conclusão.⁹⁷

⁹¹ BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.737; BOUJONG, Karlheinz. “Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs”, Op.cit., p.1240.

⁹² PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.689-692.

⁹³ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.685-687.

⁹⁴ BÄR, Rolf. “Praxisänderung und Rechtssicherheit”, Op.cit., p.9.

⁹⁵ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.182-184.

⁹⁶ LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*. Op.cit., p.137-138; PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.694-695.

⁹⁷ BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.739. Há países em que por vezes não se publica nem mesmo o dispositivo da sentença. Cf. PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.157 e nota 769.

6. Conclusão

Quando se fala na importância da jurisprudência para os comportamentos humanos, bem assim da necessidade de preocupação com a estabilidade do entendimento consolidado nos tribunais, normalmente vemos um discurso pessimista que pinta uma realidade de constantes alterações: o Judiciário é frequentemente retratado com anacrônico, caótico, desorganizado, etc.

No entanto, a observação da jurisprudência brasileira e mundial mostra que as alterações de entendimento consolidado não são tão frequentes como se pensa, nem mesmo no direito norte-americano.⁹⁸ Como afirma Probst, de 1790 a 1991 ocorreram 208 *overrulings* na Suprema Corte dos EUA, cerca de 0,6% dos julgamentos do período.⁹⁹ Algo similar é relatado na jurisprudência financeira alemã, onde as alterações de entendimento parecem ter importância em seu conteúdo e significado, mas não em quantidade.¹⁰⁰

Não obstante, algumas mudanças de jurisprudência, mesmo no Brasil, tiveram sérios impactos nas relações jurídicas e, ainda que estas não sejam hoje (e não venham a ser no futuro), quantitativamente relevantes, cabe pensar em métodos e técnicas para regular esta alteração.

Neste breve texto, quisemos trazer à reflexão uma interessante técnica preventiva, já muito utilizada no estrangeiro, que pode ser útil para estabelecer um diálogo democrático para o processo de superação de jurisprudência consolidada e, ao mesmo tempo, revelar-se um mecanismo poderoso de proteção da confiança dos indivíduos que balizaram suas condutas no entendimento antes prevalente no Judiciário.

Bibliografia

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1974.

⁹⁸ Como lembram BLAUSTEIN, Albert P. e FIELD, Andrew H. "‘Overruling’ opinions in the Supreme Court", in *Michigan Law Review*, vol.57, n.2, dez, 1958, p.159-163. No Brasil, ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.306, nota 1325.

⁹⁹ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.282 e tabelas, p.1033-1036. Há autores que afirmam ter havido um grande número de repúdios aos próprios precedentes na Suprema Corte norte-americana. Trata-se de abordagens que focam em períodos mais curtos. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos", in *Revista Juris Plenum*, n.4, jul-ago, 2005, p.64-65. Em nosso sentir, focar em épocas de mudanças sociais ou de ideologia dos tribunais não permite visualizar o contexto mais amplo. Quando se analisa uma prática tão antiga como esta, devemos ter em mente um contexto temporal mais alargado, no qual as paixões passageiras tendem a arrefecer. No mais, a "consolidação" da jurisprudência é algo que depende essencialmente do decurso do tempo.

¹⁰⁰ WASSERMEYER, Franz. "Über die Kontinuität in der Rechtsprechung des BFH", in *Deutsches Steuerrecht*, ano 27, 1989, p.561, 563-564. Embora alguns autores diverjam, relatando que, de fato, algumas mudanças geram insegurança. KRUSE, Heinrich Wilhelm. "Kontinuität und Fortschritt der höchstrichterlichen Rechtsprechung", Op.cit., p.240 e nota 8.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Lisboa: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para concurso de ingresso como Professor Titular de Direito Tributário, mimeografado, 2010. Existe versão comercial, publicada em 2011 sob o título: *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BÄR, Rolf. *Praxisänderung und Rechtssicherheit*, in: FORSTMOSER, Peter e SCHLUEP, Walter R. (Ed.). *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*. Bern: Stämpfli, 1982.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos, in: *Revista Juris Plenum*, n.4, jul-ago, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada, in: *Temas de Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Münster-New York: Waxmann, 1991.

BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in: PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004.

BIRK, Rolf. "Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen. Rechtssoziologische und methodologische Bemerkungen zum Urteil des BAG vom 26.10.1973", in: *Juristen Zeitung*, 1974.

BLAUSTEIN, Albert P. e FIELD, Andrew H. "‘OVERRULING’ OPINIONS IN THE SUPREME COURT", in: *Michigan Law Review*, vol.57, n.2, dez, 1958.

BODENHEIMER, Edgar. *Präjudizverwertung und Gesetzesauslegung im amerikanischen Staat*. *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 160, 1961.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. "Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante", in: *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol.865, nov, 2007.

BOUJONG, Karlheinz. *Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs*, in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 2005.

BURMEISTER, Joachim. "Grenzen rückwirkender Verschärfung der Besteuerungspraxis aufgrund einer Änderung der Auslegung (veranlagungs-) steuerlicher Vorschriften durch die Finanzverwaltung und – gerichte", in *Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996.

_____. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*. Berlin: de Gruyter, 1978.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Anmerkung zum BAG – Beschluss vom 6.1.1971, in: *Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen*, n.1, 1972.

COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin: de Gruyter, 5ª ed., 1993.

DWORKIN, Gerald. *Stare decisis and the rule of law*. *Modern Law Review*, ano 25, n.2, mar, 1962.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

G.REINICKE e D.REINICKE. "Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung", in: *Monatsschrift für Deutsches Recht*, ano 10, n.6, 1956.

GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Karlsruhe: C.F.Müller, 1970.

IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. Heidelberg: C.F.Müller, 18ª ed., 2010.

KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*. München: C.H.Beck, 1994.

KIRCHHOF, Paul. Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung, in: *Deutsches Steuerrecht*, n.9, 1989.

KISKER, Gunter. *Die Rückwirkung von Gesetze. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*. Tübingen: Mohr, 1963.

KNITTEL, Wilhelm. *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*. Bielefeld: Gieseking, 1965.

KOHLER, Helmut. Gesetzesauslegung und 'gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, in: *Juristische Rundschau*, n.2, fev, 1984.

KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª ed., 1976.

KRUSE, Heinrich Wilhelm. Kontinuität und Fortschritt der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: *Festschrift – 75. Jahre Reichsfinanzhof – Bundesfinanzhof*. Bonn: Stollfuß, 1993.

LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*. München: C.H.Beck, 1996.

LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

LEISNER, Walter. Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze, in: *Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1973.

LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung*, in: PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004.

MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista de Processo*, ano 31, n.133, mar. 2006.

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

MARKMAN, Stephen. Precedent: tension between continuity in the Law and the perpetuation of wrong decisions, in: *Texas Law Review of Law and Politics*, vol.8, n.2, abr, 2004.

MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in: ISENSEE, Josef e KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F.Müller, III, 1996.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima, in: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MERKL, Adolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: Springer, 1927.

NUNES, Dierle. "Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização", in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

OSSENBÜHL, Fritz. *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat. Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, n.1-2, jan, 1972.

PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence?*, in: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; e V. WRIGHT, Georg Henrik (Ed.). *The Reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

PIEKENBROCK, Andreas. Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 119 Band, Heft 1, 2006.

PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereingiten Staaten (common law)*. Basel e Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1993.

RIEZLER, Erwin. Ratio decidendi und obiter dictum im Urteil, in *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 139, 1934.

ROBBERS, Gerhard. Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, in: *Juristen Zeitung*, ano 43, n.10, 1988.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROTH, Günther. *Das Problem der Rechtsprognose. Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*. Giesecking: Ernst und Werner, 1976.

RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, 1977.

SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H.Beck, 5ª ed., 1995.

SANTOS, Evaristo Aragão Em torno do conceito e da formação do precedente judicial, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*. München: C.H. Beck, 1973.

SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard. *Der Rechtsstaat*, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band II: *Verfassungsstaat*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, Band II.

SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. München: C.H.Beck, 1993.

SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs - und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

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

WASSERMEYER, Franz. Über die Kontinuität in der Rechtsprechung des BFH, in: *Deutsches Steuerrecht*, ano 27, 1989.

WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vetrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983.

WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis*, in *Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein*. Köln: Otto Schmidt, 1994.

WOLKART, Erik Navarro. "Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento)", in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. München: C.H.Beck, 5ª ed., 2007.