

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
MESTRADO ACADÊMICO EM CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE**

WAGNER AKITOMI UNE

**O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA
ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

**BRASÍLIA,
JANEIRO DE 2017**

WAGNER AKITOMI UNE

**O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA
ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha processo e jurisdição constitucional.

Orientador: Professor Doutor Bruno Dantas

**BRASÍLIA,
JANEIRO DE 2017**

WAGNER AKITOMI UNE

**O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA
ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Constituição e Sociedade, linha processo e jurisdição constitucional.

Brasília, 21 janeiro de 2017.

Prof. Dr. Bruno Dantas Nascimento
Professor Orientador

Prof. Dr. Fábio Lima Quintas
Avaliador interno

Daniel Gustavo Falcão dos Reis
Avaliador externo

AGRADECIMENTOS

A DEUS, pelo dom da vida e do discernimento;

À toda a minha família, pela compreensão;

Ao Prof. Dr. Bruno Dantas, pela orientação;

Ao Prof. Dr. Fábio Quintas, pelas valiosas lições no grupo de pesquisa.

RESUMO

Neste trabalho o objeto central é abordar de que maneira a modulação temporal dos efeitos da alteração da jurisprudência concorre para dar concreção ao princípio constitucional da segurança jurídica, especificamente no que concerne à atuação do TSE. A segurança jurídica, um princípio que se aplica a todas as esferas de atuação estatal, traduz-se em diferentes perspectivas, como a previsibilidade, a estabilidade e a isonomia. E, considerando o maior poder interpretativo reconhecido atualmente ao Judiciário, produto de fatores como o neoconstitucionalismo e a adoção da técnica de cláusulas gerais na legislação, torna-se necessário implementar novas medidas dirigidas ao combate da inconsistência da jurisprudência. Com efeito, o novo CPC traz a noção de precedentes judiciais e proclama como um de seus objetivos a uniformização e estabilização da jurisprudência. Assim, para a segurança nas relações sociais e jurídicas, uma das técnicas de estabilização da jurisprudência é a aplicação da modulação temporal de efeitos da sua alteração no caso de se evidenciar uma confiança legítima a ser tutelada. Especificamente no âmbito do TSE se identifica uma importância destacada da segurança jurídica, inclusive pela finalidade do processo eleitoral de preservar a soberania popular e o Estado Democrático. Ademais, o exercício da função de orientação através das atividades jurisdicional, consultiva e normativa pelo TSE, e a capacidade e a possibilidade de as pessoas conhecerem a jurisprudência eleitoral, pressuposto para a formação da condição subjetiva da confiança legítima, favorecem a aplicação da modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência. Aliás, mesmo anteriormente ao novo CPC, o TSE já aplicava a técnica. A aplicação da modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência do TSE concretiza a segurança jurídica por meio da tutela da legítima confiança das pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: modulação temporal dos efeitos. alteração da jurisprudência do TSE. princípio da segurança jurídica. princípio da legítima confiança.

ABSTRACT

In this research the central object is to discuss how the temporal modulation of the effects of the alteration of jurisprudence contributes to concretize the constitutional principle of legal security, specifically with regard to the TSE's performance. Legal security, a principle that applies to all spheres of state action, translates into different perspectives, such as predictability, stability and isonomy. And considering the greater interpretive power currently recognized to the Judiciary, as a result of factors such as neoconstitutionalism and the adoption of the technique of general clauses in legislation, it is necessary to implement new measures aimed at combating the inconsistency of jurisprudence. Thus, the new CPC brings the notion of judicial precedents and proclaims as one of its objectives the standardization and stabilization of jurisprudence. Thus, for security in social and legal relations, one of the techniques for stabilizing case-law is the application of temporal modulation of the effects of its change in the event of a legitimate expectation to be protected. Specifically within the scope of the TSE is identified a prominent importance of legal security, including the purpose of the electoral process of preserve popular sovereignty and the Democratic State. In addition, the exercise of the function of guidance through the judicial, advisory and normative activities by the TSE, and the capacity and the possibility of the people knowing the electoral jurisprudence, presupposition for the formation of the subjective condition of the legitimate expectation, favor the application of the temporal modulation of Effects of the amendment of the jurisprudence. In fact, even before the new CPC, the TSE already applied the technique. The application of temporal modulation of the effects of the change in the case law of the TSE provides legal security through the protection of the legitimate expectations of the people..

KEY-WORDS: temporal modulation of effects. change in the jurisprudence of the TSE. principle of legal security. principle of legitimate expectations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I - ASPECTOS GERAIS DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	13
1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	13
1.1 Principiologia no (novo) Código de Processo Civil	13
1.2 Aspectos gerais da segurança jurídica	15
1.3 O princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito	18
1.4. Perspectivas do princípio da segurança jurídica	20
1.4.1 Estabilidade das relações jurídicas	21
1.4.2 Cognoscibilidade	22
1.4.3 Previsibilidade	23
1.4.4 Isonomia	27
2. PRECEDENTES JUDICIAIS	30
2.1 O que são os precedentes judiciais?	30
2.2 Os precedentes judiciais e a aproximação entre os sistemas common law e civil law	38

2.3 Os precedentes judiciais no direito brasileiro	51
2.3.1 O problema da inconsistência da jurisprudência	51
2.3.2 Uniformização e estabilização da jurisprudência como providências necessárias para combater a inconsistência da jurisprudência	59
2.3.2.1 <i>Uma teoria do precedente judicial no (novo) Código de Processo Civil?</i>	61
2.3.2.2 <i>Coerência e integridade da jurisprudência</i>	65
2.3.2.3 <i>Uniformidade da jurisprudência</i>	68
2.3.2.4 <i>Estabilidade da jurisprudência</i>	70
2.4 A estabilidade jurisprudencial no direito comparado	75
2.4.1 A estabilidade jurisprudencial nos países que adotam o common law: estudos dos casos da Inglaterra e dos Estados Unidos	76
2.4.2 A estabilidade jurisprudencial nos países que adotam o civil law: estudo do caso do Brasil	81
2.5 A função nomofilática do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores	85
3 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS	91
3.1 A modulação temporal de efeitos na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso	91
3.1.1 Os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso	91
3.1.2 A possibilidade de se outorgar efeitos ex tunc limitados, ex nunc ou pro futuro à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso	97

3.1.3	O fundamento constitucional para a modulação temporal de efeitos no controle difuso	103
3.1.4	Algumas críticas doutrinárias à modulação temporal de efeitos no controle difuso de constitucionalidade	108
3.1.5	A possibilidade de o juiz monocrático ou Tribunal Ordinário modular os efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade	112
3.2	A modulação temporal de efeitos da alteração de jurisprudência	113
3.2.1	O (novo) Código de Processo Civil	113
3.2.2	Os requisitos para a modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência	114
3.3	Distinção entre modulação temporal de efeitos no controle difuso de constitucionalidade e a modulação temporal de efeitos na alteração de jurisprudência	126

PARTE II – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

129

4	O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	129
4.1	O sistema jurisdicional de controle do processo eleitoral	129
4.2	O Tribunal Superior Eleitoral como órgão central das eleições	130
4.3	A importância da segurança jurídica no processo eleitoral	132
4.3.1	A Democracia e soberania popular	133
4.3.2	Conteúdo punitivo das decisões na Justiça Eleitoral	134
4.3.3	O princípio da anualidade	135

4.4	A função orientadora do Tribunal Superior Eleitoral como garantia da segurança jurídica	138
4.4.1	A função atípica normativa	139
4.4.2	A função atípica consultiva	145
4.4.3	A função típica jurisdicional	153
4.4.3.1	<i>O acesso à jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral</i>	<i>155</i>
4.4.3.2	<i>O acompanhamento da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral pelos interessados</i>	<i>156</i>
5	O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	158
5.1	A aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos pelo Tribunal Superior Eleitoral mesmo anteriormente ao início da vigência do (novo) Código de Processo Civil	158
5.2	A aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos pelo Tribunal Superior Eleitoral e o (novo) Código de Processo Civil	173
	CONCLUSÃO	182
	REFERÊNCIAS	186

INTRODUÇÃO

O tema eleito, isto é, “o princípio da segurança jurídica e a modulação temporal dos efeitos da alteração da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral”, não poderia ser mais atual, haja vista as recentes alterações nos paradigmas do direito constitucional e do direito processual civil.

O objeto de pesquisa é descobrir “em que medida a modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral concretiza o princípio da segurança jurídica?”. E a hipótese a ser testada e, eventualmente, confirmada ao final da pesquisa, é que “a técnica da modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral concretiza a segurança jurídica por meio da tutela da legítima confiança do jurisdicionado”.

Para fins didáticos, para melhor organização e exploração do tema, opta-se por uma dissertação segmentada em cinco capítulos, acomodados em duas partes, com a distribuição de assuntos pertinentes ao enfrentamento do objeto de pesquisa, complementares entre si.

A primeira parte do trabalho, composta pelos três primeiros capítulos, destina-se a examinar aspectos gerais da segurança jurídica e da modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência.

O primeiro capítulo é reservado para análise do princípio constitucional da segurança jurídica. Nele, propõe-se, inicialmente, examinar a principiologia no (novo) Código de Processo Civil, notadamente a influência dos princípios constitucionais, entre eles, o da segurança jurídica, no processo civil. Após, comentar alguns aspectos gerais afetos ao princípio da segurança jurídica, como, por exemplo, a sua previsão em diplomas normativos e a sua finalidade. Em seguida, explicar a relação entre a segurança jurídica e o Estado de Direito. Por fim, analisar as principais vertentes ou perspectivas do princípio da segurança jurídica, independentemente da esfera de atuação estatal (legislativa, executiva ou judiciária), como a estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade e a isonomia.

O segundo capítulo objetiva adentrar no tema dos precedentes judiciais, tendo em vista a acentuada relevância desse instituto na compreensão da segurança jurídica na esfera jurisdicional. Para tanto, a pesquisa deve, em um primeiro momento, buscar uma definição de precedentes, momento no qual algumas de suas características devem ser apresentadas. Em continuação, deve trazer uma sucinta exposição sobre os sistemas *common law* e *civil law*,

inclusive sobre as suas origens e distinções. Em complemento, convém pesquisar sobre uma possível aproximação entre tais tradições ou sistemas, com a possível absorção de institutos do *common law* pelo *civil law*, assim como de institutos do *civil law* pelo *common law*. Além disso, o trabalho tem por meta se debruçar sobre o exame da posição dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Nesta ocasião, muitos aspectos merecem ser enfrentados, como o problema da inconsistência da jurisprudência, noticiada na Exposição de Motivos do Anteprojeto do (novo) Código de Processo Civil. Também não se pode esquecer a uniformização e estabilização da jurisprudência como possíveis providências para combater a inconsistência da jurisprudência, que comporta subtemas como “uma teoria do precedente judicial no novo Código de Processo Civil?”, “coerência e integridade da jurisprudência”, “uniformidade da jurisprudência” e “estabilidade da jurisprudência”. Nesse momento, deve ser estudada a estabilidade da jurisprudência sob a perspectiva de princípios constitucionais, como o da isonomia, da confiança legítima e da celeridade processual, bem como em cotejo com outros valores igualmente relevantes, como a coerência, a integridade e a uniformidade da jurisprudência. Ainda oportuna a avaliação do fenômeno da estabilidade jurisprudencial no direito comparado, com uma comparação da estabilidade da jurisprudência nos países que adotam o *common law* e os países que adotam o *civil law*, com a análise de casos como o da Inglaterra, dos Estados Unidos e do Brasil. Por derradeiro, também convém mencionar a função nomofilática do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores como fato relacionado à importância da previsibilidade da jurisprudência.

Considerando o âmbito organizacional da pesquisa, destina-se o terceiro capítulo ao estudo da modulação temporal de efeitos. Assim, inicialmente, insta trazer anotações sobre a modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, haja vista as interessantes semelhanças e particularidades dos procedimentos em comparação com a modulação temporal de efeitos na alteração de jurisprudência. Após, como proposta da investigação, deve ser analisada minuciosamente a figura jurídica da modulação temporal de efeitos da alteração de jurisprudência. Neste plano, merece referência o tratamento trazido pelo (novo) Código de Processo Civil, que expressamente consagra a possibilidade de utilização da técnica. Outra questão nuclear da pesquisa é a proposição de alguns critérios, tanto quanto possíveis objetivos, para averiguação da presença, ou não, dos requisitos para a modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência.

Em seguida, a segunda parte do trabalho, composta por dois capítulos, visa enfrentar o tema da aplicação do princípio da segurança jurídica e da modulação temporal de efeitos da alteração jurisprudencial no Tribunal Superior Eleitoral.

Com efeito, o capítulo quarto é reservado ao estudo de alguns aspectos relativos ao Tribunal Superior Eleitoral. De início, cabe comentar o sistema jurisdicional de controle do processo eleitoral, distinguindo dos demais modelos, além de explicar a posição do Tribunal Superior Eleitoral como órgão central das eleições no Brasil. Outro aspecto que merece análise é a importância da segurança jurídica no processo eleitoral, ocasião na qual fatores específicos da jurisdição eleitoral devem ser comentados, como a finalidade da proteção da democracia e da preservação da soberania popular, o conteúdo punitivo das decisões e o princípio da anualidade, que proíbe a incidência de nova norma relativa a processo eleitoral à eleição que ocorra a menos de um ano. Por derradeiro, no capítulo, resta obrigatório discorrer sobre a função orientadora do Tribunal Superior Eleitoral como garantia da segurança jurídica. Para tanto, convém enfatizar as esferas de orientação normativa, representadas especialmente pelas instruções normativas; consultiva, materializada através das respostas a consultas eleitorais em tese; e jurisdicional, visualizada a partir da relevância da jurisprudência do órgão como instrumento para pautar as condutas dos jurisdicionados. Quanto a esta última esfera, também é imperativo mencionar alguns aspectos marcantes sobre o acesso facilitado à jurisprudência e a algumas condições favoráveis à cognição dos posicionamentos e orientações do tribunal.

Já o quinto e último capítulo, considerando as peculiaridades da atuação do Tribunal Superior Eleitoral e sua relação com o princípio da segurança jurídica, é direcionado ao exame da aplicação da técnica da modulação temporal de efeitos, a partir da análise de decisões em diversas situações julgadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, mesmo anteriormente ao início da vigência do atual Código de Processo Civil. Também imprescindível a avaliação das características da prestação jurisdicional pelo Tribunal Superior Eleitoral em face dos requisitos legais da modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência.

Destarte, pretende-se que o trabalho alcance um aprofundamento investigatório satisfatório, capaz de analisar adequadamente diversos aspectos informadores do tema proposto e sem desviar do caráter acadêmico.

**PARTE I - ASPECTOS GERAIS DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA
MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DA ALTERAÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA**

1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica constitui um dos aspectos centrais desta pesquisa e, por isso, merece ser examinado sob diversas perspectivas.

1.1 Principiologia no (novo) Código de Processo Civil

Em 30 de setembro de 2009, por meio do Ato n. 379, o Presidente do Senado Federal nomeou uma Comissão de Juristas, composta por importantes nomes como Luiz Fux, Bruno Dantas, Teresa Arruda Wambier, Humberto Theodoro Jr., entre outros, para apresentar sugestão de Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Segundo a Exposição de Motivos confeccionada pela Comissão de Juristas do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, um dos objetivos orientadores dos trabalhos foi “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”.

Ademais, logo no primeiro dispositivo, o novo Código de Processo Civil não deixa dúvidas sobre a adoção da teoria do direito processual constitucional, tanto garantindo que as regras processuais não devem contrariar a Constituição Federal, como também que a Constituição Federal condiciona a aplicação e interpretação das regras processuais¹. Consoante art. 1º, do diploma: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.²

Marcus Vinícios Furtado Coelho³ ratifica o “especial compromisso” do novo Código de Processo Civil “com a ordem constitucional pátria, os valores e princípios fundamentais da

¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2016. p. 70.

² Segundo Ivo Dantas (**Constituição & processo**, v. 1. Curitiba: Juruá, 2004. p. 132): “o Direito Processual Constitucional é o conjunto de normas referentes aos requisitos, conteúdos e efeitos do processo constitucional, isto é, aquele dirigido à solução das controvérsias decorrentes da aplicação da Lei Maior, tendo como grande tema de análises, a Jurisdição Constitucional, ao lado da qual se colocam as ações referentes à Jurisdição constitucional das liberdades. O Direito Constitucional Processual, por seu turno, abrangeria o conjunto de normas processuais existentes na Constituição, tais como a Teoria da Jurisdição, o Direito de Ação e as Garantias Constitucionais referentes ao Processo e ao Procedimento”.

³ COELHO, Marcus Vinícios Furtado. O anteprojeto do código de processo civil: a busca por celeridade e segurança. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 1, p. 1277-1281, out.2011.

Constituição da República” e destaca se tratar da positivação do já reconhecido “fenômeno da constitucionalização do processo civil”.

Aliás, ainda que a força da Constituição Federal se imponha independentemente da consagração expressa mencionada, é certo que se identifica um valor simbólico na previsão ou encaução explícita dos valores constitucionais.⁴

Neste cenário, não se questiona que no Estado de Direito, as normas constitucionais, inclusive os direitos fundamentais, garantem a unidade e harmonia do sistema, impondo ao intérprete submeter o texto legal à sua perspectiva de regulamentação. Isto é, as normas constitucionais pautam ou vinculam a interpretação da lei.^{5 6}

O direito pátrio, aliás, vem sofrendo acentuadas transformações, especialmente após a promulgação da Constituição Federal vigente. Assim, a pretensão de um sistema jurídico positivista, hermético e completo, no qual cada ramo do direito possui princípios próprios, apenas esporadicamente atrelado a preceitos valorativos constitucionais é, atualmente, insubsistente. Na realidade, como exposto, vislumbra-se a abertura do sistema normativo ao influxo dos valores principiológicos⁷ encartados na Constituição da República, aproximando-

⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 237, p. 369-401, nov.2014.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, v. 9, n. 54, p. 47-70, maio/jun.2013.

⁶ Guilherme Rizzo Amaral (**Comentários às alterações do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 49), no entanto, adverte: “Ambos – legislador e juiz – devem estar conscientes dos escopos do processo: a realização de justiça para o caso concreto (o primeiro deve dar ao segundo as condições para implementar este escopo) e a pacificação social. Ambos devem observar o postulado aplicativo normativo da proporcionalidade quando, na realização destes escopos, tiverem de resolver o conflito entre efetividade e segurança. Do ponto de vista do legislador, na criação do direito positivo de caráter processual deve ele indagar que meios seriam adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito para viabilizar os escopos do processo. Do ponto de vista da segurança jurídica, deve observar que constantes modificações no direito positivado podem infringir aquele valor, de forma que só devem ser implementadas quando o ganho em efetividade compensar a mudança. Já o juiz deve partir de uma posição mais limitativa, visto que não pode ignorar as soluções previamente criadas pelo legislador para o conflito entre efetividade e segurança. Seu campo de atuação, assim, será muitas vezes no apaziguamento da fricção existente entre esses dois complexos valorativos sobrevivente à intervenção legislativa. E, diferentemente, do que se possa pensar, não são poucos os casos em que tal ocorrerá. Em qualquer caso, as mesmas perguntas feitas pelo legislador fará o juiz; porém, o direito positivo existente, em geral (salvo nos caso de omissão do legislador), aparecerá para o juiz como reforço ao complexo da segurança jurídica, algo que não ocorre na atividade legislativa (pelo menos não na mesma intensidade. A segurança jurídica também recomenda que o legislador não altere a lei com demasiada frequência, como já referido). Dessa forma, a leitura do art. 1º CPC não pode superestimar a primeira parte – ordenado, disciplinado a interpretado conforme os valores e as normas fundamentais” – e subestimar a segunda ‘observando-se as disposições desta Código’ -, que claramente, contém uma mensagem de reforço e observância às regras processuais, não como uma obediência cega à legislação, fruto de um formalismo pernicioso, mas, sim, como reconhecimento de que o respeito às normas estabelecidas pelo legislador é um decorrência lógica do valor segurança”.

⁷ “Parte expressiva da doutrina estabelece distinção terminológica entre regras e princípios a partir do seguinte critério: regras são normas jurídicas em que se descreve uma situação fática, que, tendo lugar, leva à sua

se, por consequência, o direito da justiça⁸. Isso significa, transformações em institutos afetos a diversos ramos jurídicos a partir, sobretudo, da repercussão da supremacia constitucional materializada por meio de seus princípios fundamentais⁹.

Duas das principais inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil são a busca da celeridade processual, com a efetiva solução de conflitos¹⁰, e a garantia da segurança jurídica. Pode-se dizer, inclusive, que, por tratar do primeiro diploma processual civil aprovado na vigência do Estado Democrático de Direito, privilegiou-se a interpretação das regras processuais à luz da Constituição Federal e o desapego ao formalismo, com vistas a efetiva resolução das lides, para preservação da dignidade e liberdade das pessoas.¹¹

Assim, a atual concepção do processo é que “não representa um fim em si mesmo, mas um meio para efetivação de valores constitucionais que no peculiar exercício da atividade jurisdicional deve resultar, via de regra, em um julgamento de mérito, justo, eficaz e rápido”¹².

1.2 Aspectos gerais da segurança jurídica

A segurança jurídica, um valor tutelado pelo novo Código de Processo Civil e que possui fundamento constitucional, tem como objetivo nuclear a promoção da paz social, coibindo surpresas ou instabilidades que possam conturbar a convivência social^{13 14}, a partir da valorização de um Direito previsível e racional¹⁵.

incidência e normalmente à ocorrência das consequências nela previstas; princípios seriam também normas jurídicas, mas que não descrevem situações, senão que prescrevem um valor, e sua formulação verbal tem elevado grau de abstração e genericidade”. (DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 90).

⁸ CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**, v. 215, p. 207-246, jan.2013.

⁹ CAMBI, Eduardo; BUENO, Filipe Braz da Silva. Segurança Jurídica e efetividade processual. **Revista dos Tribunais Sul**, v. 5, p. 175-190, mai/jun.2014.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 184.

¹¹ COELHO, Marcus Vinícios Furtado. Os avanços do novo CPC: celeridade, segurança jurídica e valorização da advocacia. **Revista Justiça & Cidadania**, 183. ed, p. 22-24, nov.2015.

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. (coord.). op. cit., 2016. p. 71.

¹³ NORONHA, João Otávio de. A segurança jurídica no ambiente negocial. In: **Investimento, produtividade e previdência para o desenvolvimento: aspectos jurídicos, econômico-financeiros e ambientais**. Rio de Janeiro: Memory – Centro de Memória Jurídica, 2013. p. 142-150.

A segurança jurídica foi consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)¹⁶ e está incorporada em diversos dispositivos da Constituição Federal, como o art. 5º, *caput*, ao assegurar a igualdade jurídica; no art. 5º, LIV, como um valor irradiante do devido processo legal; e no art. 5º, XXXVI, ao determinar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”¹⁷. Além disso, outras normas, indiretamente, tutelam a segurança jurídica, como, por exemplo, aquelas que garantem o contraditório e a ampla defesa e que proclamam o princípio da legalidade e os deveres da publicidade e da moralidade¹⁸. E no Código de Processo Civil ainda se destacam, por exemplo, normas relativas à preclusão e à assistência jurídica¹⁹.

De outro lado, é pertinente assentar que a segurança jurídica é tida como um sobreprincípio que se dirige a orientar a elaboração, a interpretação e a aplicação de outras normas jurídicas, homenageando a previsibilidade, a estabilidade e a mensurabilidade²⁰. Até por isso, fala-se que a segurança jurídica enfeixa variadas missões, como a de informar o legislador na elaboração da lei, representar elemento interpretativo e ostentar força normativa²¹.

Sob outro ângulo, a segurança jurídica se manifesta em três dimensões, vale dizer, a legislativa, a executiva²² e a judiciária²³. Sobre isso, não se pode perder de vista que as três

¹⁴ MELLO, Marco Aurélio. Segurança jurídica. Palestra proferida no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 1º de dezembro de 2010, durante a solenidade de entrega do título de membro honorário. **Consulex: revista jurídica**, v. 15, n. 335, p. 54-57, jan.2011.

¹⁵ GRISON, Leonardo. Segurança jurídica e a crise da racionalização da jurisdição e do processo. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 37, n. 117, p. 195-211, mar.2010.

¹⁶ “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

¹⁷ CAMBI, Eduardo; BUENO, Filipe Braz da Silva. op. cit., p. 175-190, mai/jun.2014.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 203-204.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 559-575.

²⁰ VALIN, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: VALIN, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 65-94.

²¹ MELLO, Marco Aurélio. op. cit., p. 54-57, jan.2011.

²² No âmbito administrativo, por exemplo, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica. **Interesse público**, v. 13, n. 68, p. 93-128, jul/ago.2011) menciona algumas regras inseridas na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo federal, que se relacionam com o princípio da segurança jurídica: “Quanto ao princípio da segurança jurídica, a lei brasileira de procedimento administrativo, passível de críticas, adotou as seguintes regras: 1. Vedação da interpretação retroativa de norma administrativa (art. 2º, XIII). 2. Necessidade de motivação quando não se aplicar jurisprudência administrativa ou súmula vinculante (arts. 50, VII, e 64-A); 3. Necessidade de motivação dos atos ou decisões que importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (art. 50, VIII); 4. Respeito aos direitos adquiridos como condição à revogação dos atos administrativos com efeitos favoráveis, salvo comprovada má-fé (art. 54); 6.

esferas da atuação estatal são informadas e condicionadas pela segurança jurídica. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴:

Ora bem, a ordem jurídica pública é formada pela Constituição, pelas leis, pelos atos administrativos e pelas decisões jurisdicionais, as quais compõem uma totalidade em cujo ambiente operam os cidadãos. É, com base nesta totalidade íntegra que os sujeitos de direito podem ter a aludida segurança em relação ao futuro, o qual se lhes apresenta, então, com alguma estabilidade no que atina aos efeitos que terão amanhã os comportamentos e situações que existiam no presente. Ou seja: As pautas que fornecem aos cidadãos os parâmetros em função dos quais poderão decidir sobre suas condutas não advém tão somente da lei, mas de todos os atos jurídicos estatais que têm o condão de influir sobre suas ações futuras. Assim também os atos administrativos e, mais que eles, as decisões judiciais – já que estas são justamente a última e definitivamente relevante inteligência sobre o sentido das normas – têm decisiva importância na fixação do quadro jurídico em cujo interior têm de se mover os cidadãos. [...] Em quaisquer de seus atos, o Estado – tanto mais porque cumpre a função de ordenador da vida social – tem de emergir como interlocutor sério, veraz, responsável, leal e obrigado aos ditames da boa-fé. De seu turno, os administradores podem agir fiados na seriedade, responsabilidade, lealdade e boa-fé, maiormente porque a situação dos particulares é, em larguíssima medida, condicionada por decisões estatais, ora genéricas, ora provenientes de atos concretos. [...] O princípio da boa-fé, da lealdade e o da confiança legítima, tanto como o da segurança jurídica, têm aplicação em todos os ramos do Direito e são invocáveis perante as condutas estatais em quaisquer de suas esferas: legislativa, administrativa ou jurisdicional.

Ainda é válido ressaltar que Rafael Valin classifica o princípio da segurança jurídica em dois aspectos, considerando o que entende ser os núcleos conceituais do instituto. Segundo ele, o aspecto da certeza se atrela à previsibilidade da regra, que pressupõe a cognoscibilidade do teor do comando normativo. Isso significa que os cidadãos tem o direito de conhecer os critérios objetivos e as normas que incidirão sobre o seu comportamento social. Outrossim, o autor advoga que não basta tal certeza razoável ou previsibilidade, é necessário também a estabilidade do direito, haja vista a ilegitimidade do poder ou faculdade do Estado em desfazer a qualquer tempo os seus atos em face da obrigação de se “assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado”.²⁵

Possibilidade de convalidação de atos com defeitos que não acarretem lesão ao interesse público ou a terceiros (art. 55).”

²³ NORONHA, João Otávio de. op. cit., 2013. p. 142-150.

²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito de Estado: RDE**, n. 6, p. 327-338, abr/jun.2007.

²⁵ VALIN, Rafael. op. cit., 2013. p. 65-94.

Em classificação semelhante, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que as ideias centrais do princípio da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos. O primeiro, a estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica, que proclama que as decisões dos poderes públicos, uma vez formalmente aperfeiçoadas, não podem ser arbitrariamente modificadas, salvo em situações especialmente justificáveis ou relevantes. O segundo, a previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica, que reclama certeza ou calculabilidade, por parte dos indivíduos ou destinatários, quanto aos efeitos jurídicos dos atos estatais normativos.²⁶

1.3 O princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito

Primeiramente, é preciso lembrar que a principal função do Direito é a fixação de uma ordem. Ou seja, o objetivo central do Direito é o estabelecimento de pautas de comportamento, com vistas a possibilitar à sociedade e aos cidadãos conhecer o que pode e o que não pode ser realizado, sob pena de incerteza e insegurança jurídica. Por isso, “a surpresa, o imprevisível, a instabilidade, são, precisamente, noções antitéticas ao Direito”²⁷.

Pode-se dizer que o Direito existe para disciplinar a relação intersubjetiva, fornecendo segurança aos indivíduos. Assim, a segurança é elemento inerente e indissociável do Direito²⁸, motivo suficiente para dispensar a sua previsão ou fundamentação positiva²⁹.

O mesmo fato, sob outra perspectiva, indica que é imanente à essência do ser humano buscar segurança. E, considerando que o Direito é uma disciplina da conduta humana, ele jamais pode se afastar do que o integra. Isto é, não há como se furtar da citada estrutura psicológica das pessoas dirigida à busca de segurança³⁰.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 264.

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. p. cit., p. 327-338, abr/jun.2007.

²⁸ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Segurança Jurídica em face da alteração de posicionamento dos tribunais superiores: limites da previsibilidade em matéria tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 91, p. 204-249, mar/abr.2010.

²⁹ ÁVILA, Humberto. op. cit., 2014. p. 140 e 203.

³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIN, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41-46.

Sem se olvidar disso, forçoso reconhecer, por consequência, que a segurança jurídica integra a essência da figura do Estado de Direito, que retrata a passagem histórica do Direito incipiente e marcado por um Poder concentrado para um Direito desenvolvido, cujos comandos são aplicados, indistintamente, aos cidadãos e ao Estado³¹. Até mesmo se diz, por isso, que “a insegurança jurídica é um potencial fator do aniquilamento da vida social do indivíduo, mediante o sacrifício de sua liberdade”^{32 33}.

Neste sentido, cabe apontar, inclusive, que a segurança jurídica, ao lado dos princípios da dignidade humana, da soberania popular, da separação dos poderes, da isonomia, da legalidade, dos direitos fundamentais insuprimíveis e o da inafastabilidade do controle jurisdicional, concorrem para a conformação do Estado de Direito brasileiro³⁴. Ou seja, Estado Constitucional é o Estado no qual há juridicidade (todos abaixo do Direito) e segurança jurídica³⁵.

A segurança jurídica, tal como a lealdade, a boa-fé e a proteção da confiança, é considerada também um princípio geral do Direito, sobretudo do Estado Democrático de Direito³⁶. E, assim, a sua incidência ocorre de modo abrangente, não se limitando a uma exclusiva esfera estatal. Pelo contrário, sua aplicação obrigatória é incontestável a todas funções desenvolvidas pelo Estado³⁷.

Outrossim, convém salientar que a segurança jurídica, como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, é intimamente atrelada à dignidade da pessoa humana, na medida em que é certo que “a dignidade das pessoas não será suficientemente respeitada se

³¹ VALIN, Rafael. op. cit., 2013. p. 65-94.

³² ALMEIDA, Fernando Menezes de. Princípios da Administração Pública e segurança jurídica. In: VALIN, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 47-63.

³³ Como bem ensinam Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte e Maria Eduarda de Oliveira Brasil (O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Novo CPC. **Revista Justiça & Cidadania**, 178. ed, p. 38-43, jun.2015): “É esperado, pois, do Poder Público que se porte de maneira coerente com comportamentos e diretrizes anteriormente fixadas e seguidas, para que permita à população construir relações jurídicas e desenvolver sua própria personalidade, sem temer uma surpresa (aqui entendida como negativa) de nova e contraditória conduta a afetar o sistema”.

³⁴ VALIN, Rafael. op. cit., 2013. p. 65-94.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 156.

³⁶ Segundo Alessandra Lopes Santana de Mello (A ideologia do caso concreto e a segurança jurídica. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 77, p. 65-91, out/dez.2011): “O Estado Democrático de Direito pressupõe a garantia da segurança jurídica, sinônimo de garantia de estabilidade das relações jurídicas, da preservação dos Direitos já reconhecidos (vedação ao retrocesso) e da previsibilidade das decisões judiciais”.

³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit., p. 327-338, abr/jun.2007.

elas não tiverem um mínimo de segurança e tranquilidade em suas relações jurídicas privadas e relações com o Estado ou se não puderem confiar nas instituições sociais e estatais”.³⁸

Considerando ainda que “caminham juntos justiça e segurança jurídica”³⁹, a doutrina recorda que o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade (MC – n. 2.900/RS, 2º Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, 08.03.2003; Informativo do STF n. 231; MS 24268/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, 15.03.2004; Informativo do STF n. 343 e MS 22357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 24.05.2004), reconheceu estatura de sobreprincípio à segurança jurídica.^{40 41}

Por todas essas circunstâncias, Efigênio de Freitas Júnior é peremptório ao afirmar que a segurança jurídica, “seja considerada como um valor fundamentador de todos os direitos, seja como um ideal normativo de primeira grandeza, seja como um princípio constitucional implícito, ou sobreprincípio do Estado de Direito”, possui importância inquestionável para o ser humano e o mundo do Direito.⁴²

1.4. Perspectivas do princípio da segurança jurídica

Como sobreprincípio que informa o Estado de Direito, a segurança jurídica se apresenta sob diversas vertentes ou perspectivas, podendo se destacar, especialmente, na estabilidade das relações jurídicas, na cognoscibilidade, na previsibilidade e na isonomia.⁴³

1.4.1 Estabilidade das relações jurídicas

³⁸ MELLO, Alessandra Lopes Santana de. op. cit., p. 65-91, out/dez.2011.

³⁹ MELLO, Marco Aurélio. Segurança jurídica. op. cit., p. 54-57, jan.2011.

⁴⁰ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção a confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadência do art. 54 da Lei do Processo Administrativo do União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público: RBSP**, v. 2, n. 6, p. 7-59, jul/set.2004.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. op. cit., 2014. p. 203-204.

⁴² FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. Conceitos indeterminados no direito tributário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 942, p. 195-213, abr.2014.

⁴³ Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier (op. cit., 2016. p. 178) ilustra bem a proximidade desses conceitos: “Estão na base da necessidade de que se respeitem os precedentes de civil law o princípio da legalidade e o da igualdade, ambos conaturais à ideia de Estado de Direito, cuja característica mais visível é a de que a sociedade precisa “saber as regras do jogo antes de começar a jogar”.

A estabilidade das relações jurídicas é tida, por vezes, como a dimensão objetiva da segurança jurídica. E sob essa perspectiva, a ordem jurídica, composta inclusive pelas leis e decisões judiciais, deve ostentar um mínimo de continuidade, até mesmo para o Estado de Direito não se revelar um Estado provisório.⁴⁴

Nesta esteira, não é suficiente que a decisão ou a ordem jurídica seja uniforme, mas também que a regra ou o entendimento seja consolidado e perdure, não se sujeitando a alterações frequentes e abruptas⁴⁵. Um outro termo para qualificar essa perspectiva é confiabilidade⁴⁶.

Isso não significa, entretanto, que as regras, especialmente a jurisprudência, não possam ser modificadas⁴⁷. Não se trata de imutabilidade, mas, sim, de que as mudanças sejam executadas de “maneira responsável, controlável e com considerações a respeito da segurança jurídica no tempo”. Dessa forma, a continuidade não bloqueia as alterações de entendimento, mas preserva a segurança. Assim, no dizer de Antonio do Passo Cabral, “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”.⁴⁸

Lucas Buril de Macêdo esclarece que, em algumas situações, os indivíduos precisam da estabilidade jurídica, verificada a partir da preservação de efeitos de decisões e interpretações anteriores do que propriamente daquilo que se considera solução mais adequada ou justa⁴⁹. Ele pondera que “o justo poderá, em casos que os sujeitos necessitem de

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012. p. 559-575.

⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no direito processual. **Revista do Ministério Público/Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 56, p. 19-43, abr/jun.2015.

⁴⁶ “Em segundo lugar, exige confiabilidade do Direito. O Direito deve ser estável e não sofrer quebras abruptas e drásticas. Evidentemente, não é possível assegurar a sua imutabilidade, na medida em que é inerente ao Direito o seu aspecto cultural e, portanto, a sua permanente abertura à mudança. Importa, no entanto, que a confiança depositada pela pessoa no Direito não seja iludida, o que impõe estabilidade e continuidade normativas e, sendo o caso, previsão de normas de salvaguarda da confiança em momentos de crise de estabilidade jurídica.” (MITIDIERO, Daniel Mitidiero. Cortes superiores e cortes suprema: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 22-23 apud DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 285).

⁴⁷ DONIZETTI, Elpídio. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1320.

⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. op. cit., p. 19-43, abr/jun.2015.

⁴⁹ Segundo Flávia Moreira Guimarães Pessoa (Efeito prospectivo na alteração de súmulas pelos Tribunais Superiores: uma abordagem à luz do embate entre os anseios fundamentais de justiça e segurança jurídica. **Revista TST**, Brasília, v. 78, n. 4, p. 96-111, out/dez.2012): “[...] o embate entre os valores justiça e segurança jurídica podem ser resolvidos em termos de predominância e coexistência. Assim, segurança e justiça podem e devem coexistir, apenas preponderando um ou outro, a depender do caso concreto a ser analisado, não se devendo falar numa preponderância apriorística, e muito menos em exclusão de um dos

segurança, confundir-se com a própria preservação de determinado tratamento jurídico, ainda que este não advenha da melhor interpretação ou que não seja tido como o mais adequado”.⁵⁰

1.4.2 Cognoscibilidade

A segurança jurídica se relaciona com a cognoscibilidade ou determinação do Direito. Trata-se, quanto ao seu fim, de uma perspectiva estática ou atemporal, que demanda a capacidade dos indivíduos, destinatários da regra, de poder entender o conteúdo normativo do direito ou os “sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumetativos intersubjetivamente controláveis”⁵¹

Ora, na medida em que o sistema jurídico é construído para que a sociedade atenda a sua orientação, isso exige o conhecimento, o correto entendimento da sociedade sobre o teor. Ou seja, a cognoscibilidade deve representar a possibilidade e a capacidade dos cidadãos descobrir a valoração jurídica de suas condutas ou atos, podendo, assim, guiar-se pela ordem jurídica ou decisão judicial.⁵²

Para Leonardo Freitas de Moraes Castro, uma norma deve possuir algumas características mínimas, “das quais se destacam a determinabilidade, a clareza e a compreensibilidade, para que o sujeito passivo possa retirar dela as regras de comportamento”.^{53 54}

valores a partir do ponto inicial do raciocínio jurídico, mas permitindo, conforme o caso, o efeito prospectivo da alteração sumular”.

⁵⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 131.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. op. cit., 2014. p. 138-139.

⁵² MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 128-129.

⁵³ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes. op. cit., p. 204-249, mar/abr.2010.

⁵⁴ “a segurança jurídica é um princípio que impõe em primeiro lugar a cognoscibilidade do Direito. É preciso viabilizar o conhecimento e a certeza do Direito, sem os quais não se pode saber exatamente o que é seguro ou não. É claro que o fato de o Direito ser vazado em linguagem – que é indiscutivelmente porosa e polissêmica – requer a compreensão da segurança mais como viabilização de conhecimento do que propriamente como determinação prévia de sentido. A segurança jurídica exige, portanto, a controlabilidade intersubjetiva dos processos semântico-argumentativos que conduzem ao conhecimento e à certeza do Direito e a adoção de critérios racionais e coerentes para sua reconstrução” (MITIDIERO, Daniel Mitidiero. Cortes superiores e cortes suprema: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 22-23 apud DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 285).

1.4.3 Previsibilidade

O princípio da segurança jurídica detém duas nuances. A primeira, dirigida para o passado, a situações já consolidadas, indica a certeza do tratamento normativo dos fatos consumados, dos direitos adquiridos e da coisa julgada, aplicando-se o postulado da irretroatividade. Já a segunda, voltada para o futuro ou para as situações que ainda ocorrerão, indica a necessidade de fixação de parâmetros de comportamento.^{55 56}

Especificamente quanto à eficácia futura do direito, Humberto Ávila entende correto distinguir a previsibilidade da calculabilidade. Segundo o autor, enquanto a previsibilidade encerra a concepção da segurança jurídica como a capacidade total de antecipar as consequências jurídicas das condutas humanas, a calculabilidade se traduz na perspectiva de se prever as consequências jurídicas dos atos ou fatos pela maioria dos cidadãos, isto, é, na possibilidade, em larga medida, de “antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas”.⁵⁷ Como se vê, para o autor, a diferença entre as classificações reside no grau de proximidade da certeza do direito.

Neste panorama, importante anotar que a previsibilidade ou calculabilidade é ínsita ao próprio Direito. O que se expõe é que, uma vez que o Direito deve se estruturar ou se compatibilizar, ao menos no que é fundamental, ao ser humano, e que uma das mais entranhadas características dos indivíduos é a busca pela segurança⁵⁸, incontornável reconhecer a relevância da proteção da previsibilidade pela ordem jurídica ou decisões judiciais. Ora, não se duvida que é a previsibilidade que pauta a ação humana. Importa dizer, “é ela que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não ao mero sabor do acaso, do fortuito, do azar ou da fortuna – comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo”.⁵⁹

⁵⁵ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes. op. cit., p. 204-249, mar/abr.2010.

⁵⁶ “Não apenas a lei, como também a jurisprudência deve ser clara e previsível, sendo ameaçadoras da segurança jurídica as decisões exóticas ou surpreendentes”. (AMARAL, Guilherme Rizzo. op. cit., 2016. p. 923).

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. op. cit., 2014. p. 139-140.

⁵⁸ Para Eduardo Cambi e Thiago Baldani Gomes Filippo (op. cit., p. 207-246, jan.2013), “o ser humano reconhece a segurança como uma necessidade vital e passa a buscá-la sob as mais variadas formas, desde lugares considerados mais seguros para os quais se muda, até o cultivo da saúde para se prevenir doenças; tudo em busca da redução dos riscos e medos, almejando-se segurança”.

⁵⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit., p. 327-338, abr/jun.2007.

Não é por outra razão que Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier⁶⁰ anotam que, tanto no *civil law*, como no *common law*, procura-se alcançar ou respeitar a previsibilidade. Isso é, “em ambos os sistemas, tanto naqueles em que ‘o juiz com base na lei escrita’, quanto nos em que o juiz decide com base em precedentes, por caminhos diferentes, vem-se procurando, historicamente, respeitando a igualdade. E mais, “criar previsibilidade, ideia que hoje se confunde com segurança jurídica”.

A previsibilidade do Direito, manifestada nos produtos da atuação estatal (atividade legislativa, judiciária e administrativa), inclusive, consubstancia-se em importante elemento para o desenvolvimento econômico do Estado, pois a segurança jurídica que dela advém influencia na realização de investimentos. Antonio Adonias Bastos⁶¹, por exemplo, informa que:

a atividade judicial apresenta reflexos sobre o desenvolvimento das sociedades, como demonstram os inúmeros estudos que abordam a inter-relação entre o Direito, o Poder Judiciário e a Economia, a exemplo do Documento Técnico 319 do Banco Mundial, publicado em julho de 1996. O estudo analisa o Setor Judiciário na América Latina e no Caribe, com o intuito de proceder a um levantamento de elementos para a sua reforma. Após constatar que há uma crise institucional instalada no Poder Judiciário, o documento indica alguns valores necessários para a superação desse cenário, a exemplo da ampliação do acesso à Justiça (adoção de meios alternativos de solução de conflitos), da credibilidade (combate à corrupção), da eficiência, da transparência, da independência, da previsibilidade, da proteção à propriedade privada e do respeito aos contratos. De acordo com o relatório, a adoção desses valores, mediante uma reforma institucional e criação de padrões internacionais, é imprescindível para o estabelecimento de um ambiente propício ao crescimento da integração econômica entre países e regiões. Sob esta perspectiva, a uniformização e a estabilização jurisprudenciais são importantes para atribuir confiabilidade à interpretação e à aplicação do ordenamento jurídico, apresentando resultados positivos nos negócios jurídicos.

Outro aspecto da previsibilidade é que ela, ao lado da estabilidade da ordem jurídica, especialmente na prestação jurisdicional, constitui fator de desestímulo à litigância imoderada, ao abuso do direito processual e às aventuras processuais, além de promover o cumprimento espontâneo de obrigações materiais⁶². Assim, conhecendo o Direito ou a

⁶⁰ DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. op. cit., 2016. p. 72-73.

⁶¹ BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico. **Revista de Processo**, v. 227, p. 295-316, jan.2014.

⁶² CAMBI, Eduardo. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 241, p. 413-438, mar.2015.

previsível conclusão do Judiciário sobre a matéria, coibe-se o ajuizamento de causas e, ainda que se formalize demanda, tem-se uma confiança na solução a ser adotada.⁶³

Aliás, Luiz Guilherme Marinoni sustenta até mesmo que um sistema que não garante a previsibilidade, especialmente dos atos do Judiciário, não possibilita que os seus cidadãos tomem ciência de seus direitos e, assim, os impedem à concretização da cidadania.⁶⁴

Por todo exposto, é inquestionável a relação de proximidade entre a previsibilidade e a confiança⁶⁵, haja vista que a segurança jurídica se aperfeiçoa na medida em que se tutela a confiança dos destinatários da regra, no exato sentido de sua previsibilidade⁶⁶. Sob outra perspectiva, o que se quer pontuar é que a efetividade do sistema jurídico depende da confiança dos indivíduos no Direito legislado e aplicado, bem como das suas capacidades de antever os resultados das lides⁶⁷.

Almiro do Couto e Silva classifica a segurança jurídica como um princípio que possui tanto uma natureza objetiva, quanto subjetiva⁶⁸. A primeira se refere ao aspecto da limitação da retroatividade dos atos do Estado, ao passo que a segunda se refere à proteção da confiança dos cidadãos em relação aos procedimentos e condutas do Estado, nos mais distintas faces de sua atuação. Porém, alerta que outro segmento da doutrina, consolidado nas últimas décadas do século XX, prefere classificar a confiança, não como um subprincípio da segurança jurídica, mas como um outro princípio, reservando o conceito de segurança jurídica somente ao primeiro sentido, isto é, de natureza objetiva.⁶⁹

Se é certo que para a proteção da confiança é necessário dissociar os atos que foram e os que não foram praticados segundo a confiança legítima⁷⁰, também é inequívoco que, uma vez evidenciada essa legitimidade, o Estado deve promover a sua efetiva proteção, não se limitando a uma postura de abstenção. Assim, a preservação da confiança deve “estar presente

⁶³ BASTOS, Antonio Adonias A. op. cit., p. 295-316, jan.2014.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012, p. 559-575.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., 2003, p. 267.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012, p. 559-575.

⁶⁷ MELLO, Alessandra Lopes Santana de. op. cit., p. 65-91, out/dez.2011.

⁶⁸ No mesmo sentido: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. op. cit., p. 96-111, out/dez.2012.

⁶⁹ SILVA, Almiro do Couto e. op. cit., p. 7-59, jul/set.2004.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, v. 8, n. 44, p. 5-30, set/out.2011.

na regulação e na garantia dos variados mecanismos de realização dos direitos fundamentais e das legítimas expectativas que gera esfera jurídica dos particulares”⁷¹.

Um fator relevante no estudo do princípio da confiança é a sua relação ou nexos com a boa-fé⁷². Judith Martins-Costa salienta a existência de entendimento de que se constata uma “interação entre confiança e crença, confiança e fé, aparecendo a confiança, ora como ‘elemento constante’ da proteção da boa-fé, ora como uma de suas ‘concretizações’ ou ‘manifestações particulares’ ”.⁷³

Por fim, porém não menos importante, Almiro do Couto e Silva sistematiza os principais assuntos tratados à luz do princípio da confiança:

Os atuais temas dominantes relacionados com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, no direito comparado e no direito brasileiro, podem ser condensados nos seguintes pontos principais: a) manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais (p. ex., licenças, autorizações, subvenções, atos pertinentes a servidores públicos, tais como vencimentos e proventos, ou de seus dependentes, p. ex., pensões, etc). b) a responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente em atos relacionados com o planejamento econômico. c) a responsabilidade pré-negocial do Estado; d) o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico (p. ex. da ordem econômica, do exercício de profissões, dos servidores públicos). No direito brasileiro. Muito provavelmente e, razão de ser antiga em nossa tradição jurídica a cláusula constitucional da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada – pontos eminentes nos quais se revela a segurança jurídica, no seu aspecto objetivo – não houve grande preocupação na identificação da segurança jurídica, vista pelo ângulo subjetivo da proteção à confiança, como princípio constitucional, situado no mesmo plano de importância do princípio da legalidade. Só nos últimos anos é que a legislação da União, designadamente pelas Leis nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (arts. 2º e 54); 9.868, de 10 de novembro de 1999 (art. 27) e 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (art. 11), que dispõem, respectivamente, sobre o processo administrativo da União, a ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, referiram-se à segurança jurídica, quer como princípio geral da Administração Pública, de matriz constitucional, a justificar a permanência no mundo jurídico de atos administrativos inválidos, quer como valor constitucional a ser ponderado, em determinadas circunstâncias, em cotejo com os princípios da supremacia da Constituição e da nulidade ex tunc da lei inconstitucional. É importante sinalar, entretanto, que, nesses textos legislativos nacionais a “segurança

⁷¹ SILVA, Almiro do Couto e. op. cit., p. 7-59, jul/set.2004.

⁷² DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. op. cit., p. 38-43, jun.2015.

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista CEJ**, v. 8, n. 27, p. 110-120, out/dez.2004.

jurídica” é vista predominantemente pelo seu lado subjetivo e significa, assim, quase sempre “proteção à confiança”.⁷⁴

1.4.4 Isonomia

A segurança jurídica ainda se apresenta sob a perspectiva do princípio da igualdade.

Como cediço, o princípio da isonomia, um dos preceitos centrais do Estado de Direito, consagrado expressamente no art. 5º, da Constituição da República, reconhece a existência fática de diferenças, porém, perante a lei, determina que elas não podem prosperar.⁷⁵

Tradicionalmente, o princípio da igualdade é aplicável ao Poder Legislativo, que é condicionado a não elaborar normas discriminatórias, e ao Poder Executivo, que fica impedido de gerir a *res pública* em benefício de alguns em prejuízo de outros. Todavia, tem-se compreendido que o Poder Judiciário também deve observá-lo, especialmente produzindo decisões judiciais com mínimo de padronização, buscando julgar casos idênticos ou semelhantes de mesmo modo^{76 77}. Nessa esteira, o Judiciário não deve proferir decisões que possam conter discriminações que não estejam alicerçadas na própria concepção de promoção da isonomia⁷⁸. Especialmente quanto à igualdade perante a jurisdição, insta recordar que o sistema jurídico prevê diversos centros de decisão e, por isso, é até natural que se identifique alguma inconsistência materializada por decisões desiguais para casos substancialmente similares⁷⁹. No entanto, é impensável não existir ou não se privilegiar o uso de mecanismos de uniformização da jurisprudência⁸⁰, pois, conforme proclama Marcus Vinícius Furtado Coelho, “a uniformização da jurisprudência é essencial para assegurar o cumprimento do postulado constitucional da igualdade”⁸¹.

⁷⁴ SILVA, Almiro do Couto e. op. cit., p. 7-59, jul/set.2004.

⁷⁵ CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. op. cit., p. 207-246, jan.2013.

⁷⁶ Ibid., p. 207-246, jan.2013.

⁷⁷ “A igualdade impõe ao legislador a elaboração de textos legais que não estabeleçam distinções sem justificativas. Da mesma forma, a imposição recai sobre o julgador, de modo que ele não profira decisões que possam estabelecer discrímens que não estejam fundados na própria ideia de promoção da igualdade”. (CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 637-662).

⁷⁸ CAMBI, Eduardo. op. cit., p. 413-438, mar.2015.

⁷⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo Jorge Neto. **Abrindo a caixa preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 112.

⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. op. cit., p. 19-43, abr/jun.2015.

⁸¹ COELHO, Marcus Vinícius Furtado. op. cit., p. 1277-1281, out.2011.

Outrossim, chama atenção o fato de o direito processual geralmente se preocupar com a igualdade “no” processo, que se traduz fundamentalmente na paridade de armas dos litigantes, especialmente no direito ao contraditório, e com a igualdade “ao” processo, representado essencialmente pela igualdade ao acesso à jurisdição, mas ignorar, por desprezo à realidade da vida e do Judiciário, da igualdade perante as decisões⁸². Todavia, a igualdade “no” processo e a igualdade “ao” processo, somente tem sentido quando correlacionadas com a decisão jurisdicional^{83 84}.

Com efeito, a isonomia proclama que “suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem ensejar a aplicação do mesmo fundamento jurídico e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos”⁸⁵. Em termos mais explícitos, quer se dizer “resposta igual do Judiciário em face da mesma situação fática, tratando do mesmo modo quem está na mesma posição jurídica”⁸⁶.

A igualdade perante a jurisdição também se relaciona com a efetividade processual, uma vez que, de acordo com o princípio da eficiência, o procedimento e a atividade jurisdicional devem ser organizados com o objetivo de produzir regras adequadas à solução dos litígios, garantindo, além da efetividade, celeridade, segurança, contraditório e ampla defesa, a isonomia.⁸⁷

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. A esquecida necessidade de igualdade perante as decisões judiciais e a falta de perspectiva para o futuro do “projeto de CPC”. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 58, n. 397, p. 21-25, nov.2010.

⁸³ Id. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 577-597.

⁸⁴ Conforme Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (op. cit., 2016. p. 1574): “Igualdade no processo e igualdade pelo processo. O direito à igualdade – em sua dupla dimensão – dá lugar à igualdade no processo e pelo processo, nada obstante a doutrina de um modo geral preocupe-se apenas com o primeiro aspecto do problema. É, aliás, curioso, que a doutrina se preocupe com a estruturação do processo a partir da igualdade, mas não mostre idêntica preocupação no que tange à igualdade pelo processo. O processo justo visa a tutela dos direitos mediante decisão justa e precedentes; e não há justiça se não há igualdade – unidade - na aplicação do Direito pelo processo. O processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica. Embora esse não seja um problema ligado propriamente à igualdade no processo, certamente constitui assunto de direito processual a necessidade de promoção da igualdade pelo processo. Daí que a igualdade pelo processo – que é a igualdade diante dos resultados obrigatórios pelo novo Código (arts. 926 e 927, CPC), sem o que, paradoxalmente, focamos na igualdade no meio, mas não igualdade no fim, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada. Só há sentido em preocupar-se com a igualdade no processo se nos preocuparmos igualmente com a igualdade pelo processo – o meio serve ao fim e ambos devem ser pensados na perspectiva da igualdade”.

⁸⁵ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos**: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 49.

⁸⁶ DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. op. cit., p. 38-43, jun.2015.

⁸⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de processo**, v. 233, p. 65-84, jul.2014.

Toni M. Fine, inclusive, ressalta que “quando cidadão e entidades dentro de um Estado de Direito vêem que os Tribunais tratam partes em situações semelhantes da mesma forma, um nível de confiança tal se desenvolve no sistema jurídico”. Para ele, “quando os Tribunais demonstram uma vontade de aplicar a lei de maneira consistente e equânime, os cidadãos desenvolvem um elevado senso de fé e confiança no Judiciário, que, por seu turno, reverte em um fortalecimento no sentimento de Justiça”.⁸⁸

Não por acaso que Nagibe de Melo Jorge Neto⁸⁹ anota que:

No frontão da Suprema Corte Norte Americana lê-se a seguinte frase gravada no mármore branco sobre as dezesseis magníficas colunas coríntias: “equal justice under the law”. O que pode ser traduzido mais ou menos como: igual justiça sob a proteção da Lei. Frase remete ao texto da quarta emenda à Constituição americana, mas, antes disso, remete também ao lema da Revolução Francesa: “Liberté, égalité, fraternité”. Mais remotamente ainda remete ao ideal de Justiça dos gregos. A noção de Justiça, desde da Antiguidade clássica, sempre teve a ver, em maior ou menor medida, com conceder igual tratamento às pessoas situadas nas mesmas posições sociais ante os mesmos fatos.

Neste panorama, a isonomia assume posição de destaque, uma vez que as outras perspectivas da segurança jurídica, de certo modo, servem ao seu objetivo. Ou seja, a estabilidade das relações jurídicas, a cognoscibilidade e a previsibilidade, não são um fim em si mesmas. A segurança jurídica, expressa em cada uma dessas perspectivas, objetiva a realização do princípio da igualdade.⁹⁰

2. PRECEDENTES JUDICIAIS

A segurança jurídica constitui valioso princípio constitucional aplicável a todas as esferas de atuação do Estado. Mas, especialmente na atividade jurisdicional, o estudo da segurança jurídica demanda conhecer as figuras dos precedentes e da jurisprudência.

⁸⁸ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, v. 782, p. 90-96, dez.2000.

⁸⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. op. cit., 2016. p. 107.

⁹⁰ “A segurança jurídica não é um fim em si mesmo: a interpretação judicial do direito deve ser segura (cognoscível, estável e confiável) a fim de que seja possível a cabal realização dos princípios da liberdade e da igualdade” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2016. p. 989).

2.1 O que são os precedentes judiciais?

Existem dois conceitos de precedente judicial⁹¹. O primeiro, próprio ou amplo, coincide com a definição de decisão judicial, ou seja, representa todo o ato decisório ou o texto da decisão, abarcando o relatório, a fundamentação e o dispositivo, e do qual se extrai a norma ou a *ratio decidendi* (ou *holding*, para os norte-americanos). O segundo, impróprio ou restrito, traduz-se na própria norma ou *ratio decidendi*.⁹²

Posto isso, partindo do conceito próprio, “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”⁹³. Nota-se, assim, que o precedente é uma decisão judicial que deve “trazer um acréscimo de sentido e exercer a função mediadora entre texto e realidade”. Com isso, nem toda decisão judicial é um precedente, na medida em que nem todos os julgamentos promovem um ganho de sentido para prescrições ou fenômenos jurídicos, seja através da obtenção de novos sentidos ou mesmo pela eleição de um sentido em detrimento de outros⁹⁴. Isso significa que todo precedente judicial é uma decisão, porém a recíproca não é verdadeira^{95 96}

Outrossim, para a teoria do precedente, deve-se investigar esse elemento normativo, importa dizer, a norma identificada a partir do julgamento de um caso concreto; não a norma jurídica individualizada, mas a norma geral, apta a ser aplicada a casos posteriores⁹⁷.

O que se procura expor é que o juiz, ao julgar o caso concreto, produz uma decisão que procura solucionar o específico litígio instaurado, mas do qual também se extrai uma

⁹¹ “Há que se chamar atenção para o fato de que o Novo CPC, apesar de trazer um conceito novo para o Direito Brasileiro, o de precedente, não o define” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. et. al. op. cit. p. 418).

⁹² MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 96-97.

⁹³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 441.

⁹⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 281-282.

⁹⁵ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 335-360.

⁹⁶ Enunciado n. 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes”.

⁹⁷ LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU**. Brasília, n. 33, p. 241-269, jul/set.2012.

solução ou regra geral teoricamente capaz de se aplicar para situações semelhantes⁹⁸. Importa dizer, “da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada”⁹⁹.

Neste plano, afigura-se relevante a classificação que distingue *ratio decidendi* de *obter dictum* (*obter dicta*, se no plural), eis que a referida regra geral, potencialmente aplicável a casos futuros similares, representa justamente a opção hermenêutica determinante para a decisão judicial, isto é, a *ratio decidendi* ou, em tradução literal, as razões de decidir.

Com efeito, a *ratio decidendi*, em descrições sucintas, constitui “a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”^{100 101}, “uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso”¹⁰², a “verdadeira fonte do precedente”¹⁰³, “a regra de direito que foi utilizada como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, em que se fixou a decisão-paradigma”¹⁰⁴ ou “o elemento apto a possuir a eficácia típica dos precedentes no ordenamento jurídico”¹⁰⁵. Todavia, ela não se confunde com a fundamentação em sua integralidade^{106 107 108}, pois é comum argumentos da fundamentação prescindíveis para o deslinde da controvérsia. Muito menos é objeto de sobreposição com os outros elementos da decisão, vale dizer, o relatório e o dispositivo.

⁹⁸ “Semelhantes” por que não se exige situação idêntica para se aplicar um precedente. Como bem ensina Frederich Schauer (Precedente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 49-86): “Por que uma decisão atualmente apreciada por vezes tem um precedente e outras vezes não? Tal distinção só pode existir se houver uma maneira de vislumbrar o precedente – algum modo de averiguar se um evento pretérito é suficientemente similar ao fato presente que justifique a equiparação dos dois acontecimentos. (...) Nenhum evento é exatamente igual ao outro. Para uma decisão ser um precedente para outra não se exige que os fatos da anterior e da posterior sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, não haveria precedente para coisa alguma. Nós devemos, então, deixar o reino da identidade absoluta. Uma vez que façamos isso, todavia, fica evidente que a relevância de um precedente prévio depende de como nós caracterizamos os fatos avindos do caso anterior”.

⁹⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 447.

¹⁰⁰ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 61-62.

¹⁰¹ ANJOS, Pedro Germano. A vigência aplicativa dos regimes jurisprudenciais e a regra da coisa julgada. **Revista de Processo**, v. 187, p. 160-180, set.2010.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2016. p. 992.

¹⁰³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 218.

¹⁰⁴ CAMBI, Eduardo. Casuísmos judiciários e precedentes judiciais. **Revista de Processo**, v. 248, p. 311-330, out.2015.

¹⁰⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 159.

¹⁰⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 447.

¹⁰⁷ Todavia, é inegável a importância da motivação, em regra, para a identificação da norma geral. Segundo Eduardo Campi (op. cit., p. 311-330, out.2015): “É pelo dever de motivação das decisões judiciais que elas se tornam universalizáveis e institucionalizadas, ou seja, passíveis de serem considerados precedentes a serem aplicados pelas demais instâncias judiciais nos casos sucessivos”.

¹⁰⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 215-238.

Essa ausência de coincidências, aliás, motiva o entendimento de que a *ratio decidendi* não possui correspondente no processo civil brasileiro, consubstanciando-se fenômeno externo aos elementos da decisão, mas formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo.¹⁰⁹

A seu turno, o *obter dictum*, por exclusão, é tudo o que não está na *ratio decidendi*¹¹⁰ ou que consta em uma decisão sem referência ao caso ou que não constitui proposição necessária para a sua solução¹¹¹. Para Eduardo Cambi “são todas as afirmações e argumentações contidas na motivação da decisão que, embora sendo úteis para a compreensão dos seus motivos, não integram o fundamento jurídico do precedente”¹¹².

Embora se reconheça a relevância da *ratio decidendi* para a teoria dos precedentes, especialmente no *common law*, não é atividade fácil identificá-la¹¹³. Dois métodos são comumente apontados para essa tarefa: o método de Wambaugh e o método de Goodhart.

O método desenvolvido por Eugene Wambaugh no século XIX utiliza uma técnica de inversão, na qual o intérprete elege uma regra geral e a substitui por uma proposição contrária. Se essa inversão ocasionar uma mudança no julgamento do caso concreto, a regra escolhida será a *ratio decidendi*. Se não gerar outra conclusão, será *obter dictum*¹¹⁴.

O teste de Wambaugh, entretanto, não tem aplicabilidade quando a decisão possuir duas *ratio decidendi* que, por si só, podem alcançar a mesma solução, haja vista que a negativa de qualquer dos fundamentos não altera a conclusão.¹¹⁵

Já o método de Goodhart, centralizado nos fatos do litígio, proclama que a definição da *ratio decidendi* pressupõe a identificação dos fatos materiais ou fundamentais, segregando-os dos fatos imateriais ou secundários. Para o método, a *ratio decidendi* deve ser buscada a

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 220-221.

¹¹⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 184.

¹¹¹ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 125-142.

¹¹² CAMBI, Eduardo. op. cit., p. 311-330, out.2015.

¹¹³ CABRAL, Antonio do Passo. op. cit., p. 19-43, abr/jun.2015.

¹¹⁴ WAMBAUGH, Eugene. The study of cases: a course for instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1984. p. 17-18 apud PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 173.

¹¹⁵ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 174.

partir do cotejo entre os fatos fundamentais e a decisão jurisdicional e, não, da fundamentação de natureza jurídica.¹¹⁶

A vantagem do método de Goodhart comparativamente ao teste de Wambaugh é a sua possibilidade de incidência em situações em que exista mais de um fundamento determinante. Contudo, não se pode olvidar a dificuldade recorrente de se determinar quais os fatos relevantes e os irrelevantes, sobretudo quando a diferenciação está apenas implícita no texto da decisão.¹¹⁷

Todavia, um terceiro método, mais apropriado à consecução do objetivo de identificação da *ratio decidendi*¹¹⁸, defende um procedimento que combina as duas metodologias já mencionadas. Por essa proposta, a *ratio decidendi* deve ser buscada tanto através da identificação dos fatos, quanto das razões que alicerçam a conclusão ou anunciam a regra que soluciona o caso¹¹⁹.

Não obstante, não existe um método infalível para determinar a norma geral que se extrai do julgamento de um caso específico¹²⁰ e que seja potencialmente aplicável a casos semelhantes, na medida em que não há um método para normas jurídicas em geral¹²¹. Basta lembrar que nem no *common law* inglês, no qual tradicionalmente se aplica uma sedimentada teoria dos precedentes, estão definidos os elementos essenciais da *ratio decidendi*¹²².

Ainda sobre a temática, cabe enfatizar que é essencial o aprimoramento da técnica de redação do preceito normativo, com vistas a possibilitar a posterior identificação da norma jurídica geral ou da *ratio decidendi*¹²³, na medida em que o órgão jurisdicional prolator do precedente já não indica, expressamente, o que integra a *ratio decidendi* (com exceções, por exemplo, do incidente de uniformização de jurisprudência)¹²⁴ ¹²⁵. Assim, quando

¹¹⁶ GOODHART, A. L. The ratio decidendi of case. The modern law review, v. 22, 1959. p. 119-120 apud PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 174 e DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 449.

¹¹⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in English law. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 69 apud PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 174-175.

¹¹⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 447.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2013. p. 226-227.

¹²⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2016. p. 215-238.

¹²¹ HART, Helbert L. A. O conceito de direito. 6. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011. p. 147 apud PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 183.

¹²² CADORE, Márcia Regina Lusa. op. cit., 2007. p. 61-62.

¹²³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 490.

¹²⁴ LOURENÇO, Haroldo. op. cit., p. 241-269, jul-set/2012.

¹²⁵ Gilberto Andreassa Júnior (Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 935, p. 81-102, set.2013): “A pergunta a ser feita é: As decisões tomadas

posteriormente o juiz analisa o precedente e promove o cotejo com as peculiaridades da situação específica, questionando sobre a sua aplicabilidade, ou não, ao caso concreto, os fatos já aconteceram, a decisão do precedente já foi prolatada e, por vezes, os autos do processo judicial até mesmo já foram arquivados.¹²⁶

Neste plano, Lucas Buriel de Macêdo¹²⁷ explica que existem situações nas quais não há *ratio decidendi*, ou melhor, a sua interpretação não pode ser realizada de modo adequado. Para ele, são os casos com fundamentação deficiente, pois, ainda que a *ratio decidendi* não se confunda com a fundamentação, é necessária sua clareza para conhecimento da norma. Mas também são os casos nos quais não há um fundamento vencedor, notadamente nas decisões proferidas por colegiados, por maioria ou mesmo unanimidade, mas sem um fundamento predominante.

Doutro pórtico, com a identificação da *ratio decidendi*, surge a necessidade de se investigar a sua eficácia, ou seja, a intensidade da influência que o precedente exerce sobre a decisão a ser proferida em casos futuros¹²⁸. Isso significa que o conceito de *ratio decidendi* pode ser utilizado independentemente do caráter obrigatório ou persuasivo¹²⁹.

O grau de eficácia do precedente pode variar conforme cada ordenamento jurídico. Dessa maneira, um país pode não dar nenhuma relevância aos precedentes, como também pode outorgar acentuados efeitos jurídicos aos precedentes^{130 131}. E são dois, aliás, os principais efeitos que podem ser atribuídos à norma geral, o que qualifica o precedente, conforme a hipótese, como persuasivo ou vinculante.

pelo STJ e STF realmente possuem eficácia perante os demais órgãos do Poder Judiciário? Com propriedade podemos afirmar que a grande maioria das decisões, infelizmente, não possui eficácia perante os Tribunais locais e os juízes de 1º grau. Falta coerência aos ministros no momento de prolatar decisões que, em muitas vezes, são base para milhares de casos futuros. Um exemplo é o julgamento da ADPF 54 que admitiu a interrupção de gravidez em casos de anencefalia. Apesar da maioria dos Ministros acolher a tese principal, todos os votos possuem motivos determinantes diversos. Alguns citam questões religiosas, outras questões sociais, enquanto outros citam questões pessoais ou partidárias. Em um futuro próximo, quando se discutir de forma aberta a possibilidade de aborto, qual o voto prolatado na ADPF 54 servirá de base para a decisão final? O motivo determinante do voto de um ministro se sobrepõe ao do outro? É dever tanto do STJ quanto do STF reunir seus ministros em cada julgamento, a fim de discutir a uniformização da jurisprudência, sendo que todos os votos devem possuir os mesmos motivos determinantes. Na realidade, o ideal seria um único voto a ser prolatado pelos Ministros – ainda que haja divergência -, com o entendimento de maioria.”

¹²⁶ RAMIRES, Maurício. **Críticas à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 125-126.

¹²⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. op. cit., 2016. p. 215-238.

¹²⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 185.

¹²⁹ MACÊDO, Lucas Buriel de. op. cit., 2016. p. 215-238.

¹³⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 453.

¹³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2014. p. 12.

Os precedentes persuasivos (*persuasive precedent*) não possuem força vinculativa em relação a futuros julgados, não precisando ser seguidos pelo julgador seguinte¹³². Possuem apenas eficácia persuasiva (*persuasive authority*)¹³³ ou de convencimento, revestindo-se de valor moral¹³⁴. Trata-se da eficácia mínima observada em todos os precedentes¹³⁵.

A eficácia persuasiva “deriva da própria estrutura e lógica do sistema de produção de decisões judiciais, ao exigir respeito do órgão que proferiu a decisão ou do órgão inferior diante das suas próprias decisões e dos tribunais que lhe são superiores”¹³⁶.

Por outro lado, os precedentes vinculantes (*binding precedent*) são obrigatórios (*binding authority*), gerando dever de obediência dos julgadores para casos futuros similares, vinculando-os à tese jurídica do precedente¹³⁷.

Essa vinculação, ou mesmo a persuasão do precedente, pode ocorrer sob duas perspectivas conforme a “direção”, quais sejam: vertical e horizontal. A eficácia vertical origina-se da relação hierárquica ou de autoridade¹³⁸ entre o órgão prolator da decisão e os órgãos a ele hierarquicamente inferiores. Já a eficácia horizontal é a vinculação ou a persuasão existente no precedente do próprio órgão prolator (autoprecedente), ou seja, o autorespeito¹³⁹ ao entendimento jurídico^{140 141}, assim como a eficácia vislumbrada na relação entre órgãos do Judiciário de mesma estatura hierárquica¹⁴².

Constata-se que essa relação que se verifica entre o órgão prolator da decisão e o juiz do caso sucessivo também influencia em relação à força do precedente, uma vez que quando a aplicação do precedente opera no plano vertical tende a possuir maior grau de vinculação ou persuasão, justamente pelo juiz seguinte ocupar posição inferior na hierarquia judiciária. Por

¹³² MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 101.

¹³³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 456.

¹³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2014. p. 12.

¹³⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 456.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2013. p. 116.

¹³⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 455.

¹³⁸ Eduardo Cambi (op. cit., p. 311-330, out.2015) diz que “a dimensão vertical dos precedentes judiciais está baseada no princípio da autoridade. Juízes e Cortes de Correção estão submetidos à estrutura hierárquica do Poder Judiciário”.

¹³⁹ “Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2016. p. 990).

¹⁴⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 103-104.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2013. p. 116-117.

¹⁴² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. Trad. de Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. São Paulo, v. 199, p. 139-155, set.2011.

razão lógica, no precedente horizontal a vinculação ou persuasão tende a ser menor, haja vista a ausência de diferença de autoridade entre os órgãos envolvidos.^{143 144}

A influência do precedente ainda deve ser considerada sob a perspectiva da moralidade, uma vez que, *a priori*, a autoridade formal do precedente não exclui a necessidade de que o julgado contenha uma justificativa moral ou racional para que a aplicação de uma teoria de precedente não constitua uma prática arbitrária.¹⁴⁵

Por outro ângulo, é comum a afirmação de que o *obter dictum* não tem nenhuma eficácia, não podendo ser aplicado como precedente^{146 147}. Não obstante, ainda que não possua força vinculativa¹⁴⁸ na esteira, por exemplo, do enunciado n. 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o *obter dictum* possui eficácia persuasiva, bem como pode sinalizar uma futura orientação do órgão judiciário¹⁴⁹. Além disso, eventualmente, pode se tornar *ratio decidendi* ou auxiliar na resolução de uma situação sem precedentes anteriores¹⁵⁰.

Um importante aspecto sobre o precedente é que a sua norma “é moldada e esclarecida nos casos posteriores”¹⁵¹. Isso significa que é partir das distinções, ampliações e reduções que os precedentes são refinados pelo Judiciário, o que permite a delimitação da abrangência de sua norma¹⁵². O que se quer dizer é que “o processo de identificação e aplicação do precedente depende da interpretação do material constante da decisão”¹⁵³.

¹⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2014. p. 16.

¹⁴⁴ TARUFFO, Michele. op. cit., p. 139-155, set.2011.

¹⁴⁵ SILVA, Narda Roberta da. A eficácia dos precedentes no novo CPC. Uma reflexão à luz da teoria de Michele Taruffo. **Revista de Processo**, v. 228, p. 343-354, fev.2014.

¹⁴⁶ TARUFFO, Michele. op. cit., p. 139-155, set.2011.

¹⁴⁷ Enunciado n. 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante”.

¹⁴⁸ ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema do “common law”. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 1, p. 351, out.2010.

¹⁴⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 445-446.

¹⁵⁰ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 174.

¹⁵¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. op. cit., 2016. p. 215-238.

¹⁵² NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 301-334.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2016. p. 992.

Outro fato merecedor de anotação é que o precedente não é um instrumento exclusivo da esfera jurídica. Pelo menos em uma concepção geral, o precedente é cotidianamente utilizado na vida social. Frederich Schauer¹⁵⁴ bem ilustra essa afirmação:

O uso do precedente não é uma prerrogativa exclusiva dos Tribunais. Maneiras de argumentar que possam estar concentradas no sistema jurídico raramente estão isoladas apenas nele, e o argumento por precedente é um caso exemplar da não exclusividade do que costuma ser chamado de “fundamentação jurídica”. Imagine a criança que insiste que não deveria usar bermudas para a escola porque seu irmão mais velho pôde usar calças quando ele tinha sete anos. Ou imagine o burocrata que, ao ser interpelado por pedidos de consideração especial, responde dizendo: “nós nunca fizemos desse jeito antes”. Em inúmeras circunstâncias, fora do Direito como também dentro, o fato de algo ter sido feito antes, fornece, por si só, um motivo para ser feito de novo daquela maneira.

Confiar em um precedente é parte da vida de um modo em geral. A falta de uma reivindicação exclusiva do Direito sobre o manejo dos precedentes neste ou mesmo em outro sistema jurídico.

Por derradeiro, considerando a eficácia dos precedentes, não é demasiado trazer à lume o debate sobre a legitimidade da construção da norma geral ou sobre a necessidade de ampliar a participação na construção da *ratio decidendi*. Neste contexto, conforme a potencial repercussão de precedentes em casos semelhantes, forçoso reconhecer a possibilidade de maior participação ou contribuição na solução dessas demandas paradigmáticas, notadamente com a ampliação da legitimidade recursal, da faculdade de intervenção de terceiros e da atuação de *amicus curiae*.^{155 156}

¹⁵⁴ SCHAUER, Frederich. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 49-86.

¹⁵⁵ LOURENÇO, Haroldo. op. cit., p. 241-269, jul/set.2012.

¹⁵⁶ Rogério Cruz e Tucci (O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 445-457), alicerçado na doutrina de Michele Taruffo (*Dimensione del precedente giudiziario*, Studio in memoria di Gino Gorla. T. 1. Milano: Giuffrè, 1994. p. 387-388) explica as dimensões do regime de precedente judicial: “...pelos seguintes vetores: 1. A dimensão institucional; 2. A dimensão objetiva; 3. A dimensão estrutural; e 4. A dimensão da eficácia. A primeira delas – a dimensão institucional de deve ser analisada à luz da organização judiciária e a forma pela qual a relação de subordinação hierárquica entre os tribunais é escalonada. Entram aqui em cena as espécies de precedente vertical, horizontal e auto-precedente (precedente no âmbito do mesmo tribunal). Desde que exista uma estruturação burocrática de sobreposição de tribunais, é natural que o precedente de tribunal superior, com eficácia vinculante ou não, exerça um grau de influência maior no âmbito das cortes e juízos inferiores. (...). A dimensão objetiva, por outro lado, diz respeito a determinação de sua influência na decisão de casos futuros. Tem aqui relevância a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, tendo-se em vista que o prejudicado formal de precedente é atribuído apenas à *ratio decidendi*. Já no tocante à dimensão estrutural, ou seja, ao conceito substancial de precedente, exige-se, normalmente, um número considerável de decisões similares, para chegar-se à concepção de ‘jurisprudência consolidada’, ‘dominante’ ou ‘unânime’. Assinale-se, que nessa hipótese, o fator temporal também é importante, porque uma orientação pretoriana sedimentada reclama, normalmente, de decidir o caso sucessivo. (...) Finalmente, a dimensão da eficácia deriva do grau de influência que o precedente exerce sobre futura decisão em um caso análogo, ou ainda da técnica instituída pela legislação, quanto à sua respectiva eficácia (vinculante ou simplesmente persuasiva). Aduza-se que, sob

2.2 Os precedentes judiciais e os sistemas *common law* e *civil law*

Quando se estuda precedentes é imprescindível a sua análise à luz dos sistemas *common law* e *civil law*.

Para o direito ocidental a mais significativa classificação jurídica é a que distingue os sistemas *common law* e *civil law*¹⁵⁷, sendo a comparação de tais tradições uma grande fonte de reflexões¹⁵⁸.

A concepção do *common law* ocorreu a partir da conquista normanda da Inglaterra em 1066, que trouxe a centralização do poder e estabeleceu Cortes Reais com um sistema de justiça que substituiu gradativamente as antigas Cortes e regras feudais¹⁵⁹. E foi justamente essa característica dos casos serem submetidos a um direito comum ou direito uniforme, aplicado pelos Tribunais Reais a toda Inglaterra, em contraposição aos direitos locais, que motivou a utilização da expressão *common law*.¹⁶⁰

No entanto, a rigidez do sistema do *common law*, que por vezes encontrava soluções não satisfatórias aos envolvidos, determinou a submissão de alguns casos diretamente ao rei que, posteriormente, passaram a ser apreciados pelo Chanceler.¹⁶¹

Assim, paralelamente, desenvolveu-se no direito inglês um conjunto de regras denominado *equity*¹⁶², que complementava e aperfeiçoava as regras do *common law*.

tal perspectiva, as técnicas do *outruling* (*common law*) e do *reirement* (*civil law*) representam situações específicas e excepcionais com o escopo de excluir do ordenamento jurídico determinado precedente, ultrapassado, para substituí-lo por outro que melhor se ajuste à hipótese então examinada, à luz da realidade do momento em que a decisão é proferida.”

¹⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 28.

¹⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 893, p. 33-45, mar.2010.

¹⁵⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 40-41.

¹⁶⁰ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law* e *common law*: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007. p. 109-110 apud DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 41-82.

¹⁶¹ DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. op. cit., 2012. p. 41-82.

¹⁶² Márcio Louzada Carpena (Os poderes do juiz no *common law*. **Revista de Processo**, v. 180, p. 195-220, fev.2010) explica: “Com efeito, nos primórdios, o sistema do *common law* se destinava a apreciar alguns casos do povo que se mostravam relevantes, vale dizer, era um sistema voltado não para todas as disposições litigiosas da sociedade, mas, sim, para algumas. De outro lado, tratava-se de um sistema caro e altamente formal, excluindo, por várias razões, inúmeras lesões ou ameaças de lesões a direitos. Diante de tal realidade e tendo em vista que, naturalmente, o Estado precisava tutelar todas as relações litigiosas, até para manter a

Enquanto os Tribunais Reais aplicavam a *common law*, o Tribunal de Chancelaria aplicava soluções de equidade, mantendo-se, com efeito, uma estrutura dualista.¹⁶³

Todavia, entre 1873 e 1875, com os *Judicature Acts*, promoveu-se a unificação dos Tribunais Reais e o Tribunal de Chancelaria, na qual todas as jurisdições passaram a ostentar competência para aplicar tanto regras do *common law* como da *equity*.¹⁶⁴

Neste panorama, atualmente, pode-se dizer que o *common law* em sentido amplo abrange a *equity* e o *common law* em sentido estrito. A *equity*, relevante na formação do direito inglês, especialmente por estabelecer princípios gerais do direito e por promover a justiça. Já o *common law* em sentido estrito, um “direito Judiciário”, baseado preponderantemente em decisões judiciais e em direitos não codificados¹⁶⁵.

Assim, o *common law* pode ser definido como a família jurídica alicerçada preponderantemente nos precedentes judiciais, derivada mais de princípios do que de regras (*rules*)¹⁶⁶, no qual o modelo de justiça se pauta pela visão de pacificação dos litigantes¹⁶⁷. Ou seja, o *common law* não adota regras absolutas, rígidas ou inflexíveis, mas, sim, regras amplas e abrangentes baseadas na ideia de justiça e fundadas na razão e no senso comum¹⁶⁸. No

paz e a organização social, criou-se, como um efeito natural, o *equity law*, cujo propósito inicial era justamente o de evitar negativa de tutela estatal para aquelas questões que não tinham previsão de tutela ou não tinham cabimento dentro do *common law*. O *equity law*, assim, pode ser compreendido como uma resposta ao sistema de "injustiça", ou melhor, como forma de evitar-se que lesões ou ameaças de lesões a direito ficassem à margem de uma tutela estatal. Por certo, o Equity acabou se desenvolvendo como um sistema paralelo para todas aquelas situações que não se enquadravam dentro do *common law*, seja por falta de previsibilidade ou mesmo de acessibilidade, uma vez que, entre outras coisas, como se disse, este se apresentava como um sistema cujo custo era extremamente alto. Conhecido como sistema "fora da lei", o *equity law* era baseado na consciência, no bom senso. Equity significa igualdade, que provém do latim *equitas* (justiça), derivação de *equus* (justo, imparcial). O *equity* desenvolveu-se principalmente para o direito de propriedade, direito dos contratos e também para questões relativas às garantias, e com o tempo ganhou forte expressão dentro do próprio sistema do *common law*, inclusive com decisões que serviam de base de consulta a esta. No século XIX, na Inglaterra, houve a fusão entre *common law* e *equity law* por conta da *Judicature Acts*. Nos Estados Unidos, em 1938, as diferenças que existiam entre *actions at law* e *suits in equity* foram extintas pelo que se denominou *civil actions*. Há na experiência forense uma referência que se faz até os dias de hoje, inclusive por virtude destas disposições históricas entre *common law* e *equity law*, segunda a qual todas as questões que têm previsibilidade se incluem na *common*, ficando as demais questões relegadas à *equity*. Nesses termos, por exemplo, uma pretensão cuja tutela seja voltada ao ressarcimento em função de perdas e danos se inclui dentro do *common law*, ao passo que uma pretensão cujo norte seja a obtenção de tutela na forma específica (*decree of specific performance*) inclui-se na amplitude da *equity*. Talvez, na interpretação de um estudioso do *civil law*, a figura da *equity* possa ser vista como um elemento capaz de ampliar os poderes de cautela e de condução do processo pelo juiz para garantir um resultado justo.”

¹⁶³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 374-375.

¹⁶⁴ Ibid., 2014. p. 377.

¹⁶⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 44.

¹⁶⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 34-35.

¹⁶⁷ LOURENÇO, Haroldo. op. cit., p. 241-269, jul/set.2012.

¹⁶⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 35.

common law identifica-se um pragmatismo, com a valorização da situação concreta e desapego por abstrações para o fortalecimento do precedente¹⁶⁹.

Por outro lado, o *civil law*, denominado também tradição romano-germânica ou romano-canônica, tem a sua origem em diversas subtradições, como o direito civil romano, o direito canônico e o direito comercial, aplicáveis na Europa Continental¹⁷⁰. Além disso, sofreu inegável influência do direito francês pós-revolucionário, notadamente identificado pela procura da criação de um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições, inclusive o *ius commune*¹⁷¹.

Diferentemente do *common law*, no qual a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade pelas gerações, o que implica no reconhecimento de relevante papel à jurisprudência, no *civil law*, tradicionalmente, a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulga¹⁷². Nesse sentido, o *civil law* é marcado pela maior rigidez da separação de poderes, na qual ao Legislativo cabe a produção do direito e ao Judiciário compete apenas enunciar a vontade da lei¹⁷³. Em outras palavras, o juiz *civil law* é limitado e deve somente reproduzir a lei e, não, criá-la, ao contrário do juiz *common law*¹⁷⁴.

Em linhas gerais, pode-se considerar o *civil law* um sistema fechado, em que para cada lide, pretensamente, já existe uma norma aplicável, ao passo que o *common law* é um sistema aberto, onde é possível, em tese, encontrar a solução jurídica posteriormente, na medida em que as normas são elaboradas e reinterpretadas continuamente, baseadas sobretudo na razão.¹⁷⁵

Com efeito, embora seja comum a afirmação de que a principal característica do *civil law* é a codificação^{176 177}, essa circunstância não explica, por si só, a diferença entre os

¹⁶⁹ SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**, v. 3, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 707-734.

¹⁷⁰ Ibid., 2014. p. 707-734.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2013. p. 54-55.

¹⁷² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 44-45.

¹⁷³ MACÊDO, Lucas Buriel de. op. cit., 2015. p. 38-39.

¹⁷⁴ SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. op. cit., 2014. p. 707-734.

¹⁷⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 47.

¹⁷⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 41.

¹⁷⁷ Segundo Elpídio Donizetti (**Curso de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1301): “o sistema do *Common Law*, também conhecido como sistema anglo-saxão, distingue-se do *Civil Law* especialmente em razão das fontes do Direito. Como dito, no *Civil Law* o ordenamento consubstancia-se principalmente em leis, abrangendo os atos normativos em geral, como decretos, resoluções, medidas provisórias etc. No sistema anglo-saxão os juízes e tribunais se espelham principalmente nos costumes e,

sistemas *common law* e *civil law*, eis que não é raro a produção legislativa e de Códigos no *common law*. O que realmente distancia o *civil law* do *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao apreciá-los. Isto é, no *common law*, ao contrário do *civil law*, ao menos tradicionalmente, os Códigos não têm a pretensão de possuir todas as regras capazes de solucionar quaisquer conflitos e, com isso, limitar o poder de interpretação dos juízes¹⁷⁸.

Sob outra perspectiva, pode-se cogitar que o desenvolvimento da tradição do *civil law* relaciona-se com o temor de um governo ou ditadura do Judiciário, especialmente com juízes criadores do direito¹⁷⁹ (*judge-made-law*), e com a busca da segurança jurídica a partir, sobretudo, de um direito escrito¹⁸⁰.

Entretanto, a certeza jurídica como garantia da segurança sempre foi objetivo não apenas do *civil law*, como também do *common law*¹⁸¹. Para o *civil law* a segurança jurídica pretensamente é obtida por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes^{182 183}. Já para o *common law* a segurança jurídica é alcançada por meio da vinculação dos precedentes, pois, para esta tradição, é inevitável a interpretação da lei pelos juízes, com o proferimento de decisões divergentes.¹⁸⁴

Nessa senda, o rigor e o sentido dos precedentes no *common law*, tradicionalmente, aproximam-se daqueles que têm as leis no *civil law*, posto que os precedentes, nos países que seguem o *common law*, desempenham o papel de principal guia de conduta dos cidadãos, a exemplo da posição da lei nos países que adotam o *civil law*. Ademais, o precedente no *common law*, tal como a lei no *civil law*, precisa ser interpretado¹⁸⁵. Inclusive, essa

com base no direito consuetudinário, julgam o caos concreto, cuja decisão, por sua vez, poderá constituir-se em precedente para julgamento de casos futuros. Esse respeito ao passado é inerente à teoria declaratória do Direito e é dela que se extrai a ideia de precedente judicial”.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2013. p. 54.

¹⁷⁹ SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. op. cit., 2014. p. 707-734.

¹⁸⁰ LOURENÇO, Haroldo. op. cit., p. 241-269, jul/set.2012.

¹⁸¹ DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. op. cit., 2012. p. 41-82.

¹⁸² ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 922, p. 343-384, ago.2012.

¹⁸³ DONIZETTI, Elpídio. op. cit., 2016. p. 1302.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2013. p. 61.

¹⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 33-45, mar.2010.

interpretação do precedente se assemelha, em parte, à interpretação da lei, haja vista que se verifica um contexto de justificação com vistas a legitimar a decisão¹⁸⁶.

Verifica-se, ainda, que a concepção de igualdade no sistema do *common law* foi construída a partir de lógica distinta da utilizada no *civil law*. Significa dizer, enquanto o *civil law* se preocupa com a igualdade formal perante a lei, o *common law* dirige-se a tutelar a igualdade material com a aplicação de mesmas decisões a casos iguais.¹⁸⁷

Entretanto, ainda que deva subsistir essa classificação tradicional, deve-se investigar o fenômeno, atualmente reconhecido por significativa parcela da doutrina, da aproximação entre os sistemas *common law* e *civil law*

Primeiramente, deve-se ressaltar que não se confunde o direito inglês com o *common law*. Este é mais abrangente, uma vez que alcança os Estados Unidos e a maioria dos países membros da *Commonwealth*, ou seja, integrantes da comunidade formada por países historicamente ligados ao Reino Unido, como a própria Inglaterra, a Irlanda do Norte e o País de Gales, além de países como a África do Sul, Austrália, Canadá, Índia, Jamaica e Nova Zelândia.¹⁸⁸

Por sua vez, o *civil law* é o sistema seguido pelos países de tradição romano-germânica¹⁸⁹. Observa-se que essa tradição é a vigente na América Latina; na maioria dos países europeus, como, por exemplo, a Itália, a França, a Alemanha, a Espanha e Portugal¹⁹⁰; em muitos países da África e da Ásia e, até mesmo, em algumas regiões de países que adotam, preponderantemente, o *common law*, como, por exemplo, o Estado de Luisiana, nos Estados Unidos, e a província de Quebec, no Canadá.¹⁹¹

E, não obstante essa divisão classificatória entre os sistemas *common law* e *civil law*, percebe-se, cada vez mais, a aproximação dessas tradições, sendo recorrente a adoção de características do *common law* por países que seguem o *civil law* e de institutos do *civil law* por países que adotam o sistema do *common law*. Afirma-se, aliás, que há uma tendência

¹⁸⁶ MAC CORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1994. p. 214 apud TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2014. p. 186.

¹⁸⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 75.

¹⁸⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 41.

¹⁸⁹ CARPENA, Márcio Louzada. op. cit., p. 195-220, fev.2010.

¹⁹⁰ LOURENÇO, Haroldo. op. cit., p. 241-269, jul/set.2012.

¹⁹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 75.

geral de ruptura desses sistemas jurídicos clássicos^{192 193}. Até a principal diferença entre as tradições, referente à fonte do direito, vem sendo atenuada, sendo comum países que se submetem ao *common law* outorgando maior importância aos precedentes e países do *civil law* ampliando a produção do direito legislado^{194 195}.

Na verdade, dizer que atualmente os juízes do *common law* aplicam somente precedentes é uma “equivocada caricatura” do que ocorre de fato nos ordenamentos jurídicos. Da mesma, não há como negar “a progressiva e expressiva” aceitação da força normativa dos precedentes no *civil law*, inclusive pela internalização de uma presunção de legitimidade dos precedentes.¹⁹⁶

Na Inglaterra, berço do *common law*, por exemplo, o comprimento ou extensão das leis escritas (*statute law*) tem se acentuado nos últimos anos. Comparativamente se verifica que em 1951 o Parlamento inglês aprovou 66 *Acts*, com 675 páginas. Já em 1991, foram 69 *Acts*, totalizando 2.222 páginas¹⁹⁷. A seu turno, em termos quantitativos, há mais leis nos Estados Unidos do que em muitos países da tradição *civil law*¹⁹⁸.

Os últimos decênios, inclusive, assistiram à ocorrência de várias crises dos sistemas do *common law* e do *civil law* que resultaram em transformações, muitas ainda em curso, com a nítida fragmentação dos antigos procedimentos ou institutos.¹⁹⁹

É certo que os ordenamentos jurídicos, em ambos sistemas ou tradições, evoluíram muito, diminuindo a tensão original, não sendo mais realista falar sobre barreiras paradigmáticas entre o *common law* e o *civil law*.²⁰⁰

Ademais, algumas circunstâncias influenciam o nível de intercâmbio entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. Um fator relevante é a cultura do legislador, eis que um

¹⁹² DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 179, p. 179-190, jul/set.2008.

¹⁹³ Id. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 190, p. 61-73, abr/jun.2011.

¹⁹⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 78-79.

¹⁹⁵ CAMBI, Eduardo. op. cit., p. 311-330, out.2015.

¹⁹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 348.

¹⁹⁷ ZANDER, Michael. *The Law-making process*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1 apud NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 47.

¹⁹⁸ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 78.

¹⁹⁹ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo, v. 110, p. 141-158, abr/jun.2003.

²⁰⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. op. cit., 2015. p. 107.

legislador culto, *a priori*, tem acesso às informações necessárias para promover a melhor escolha, notadamente sobre a eventual incorporação e regulamentação de institutos e procedimentos jurídicos adotados por outros países. O outro aspecto que merece lembrança é o fenômeno social da globalização, que repercute também no campo jurídico, seja através do aumento da frequência de controvérsias transnacionais, seja por implementar uma tendência à uniformidade cultural, inclusive jurídica²⁰¹. Em outras palavras, a globalização facilita o acesso a informações, “permitindo a incorporação de institutos jurídicos e possibilitando o intercâmbio de juristas” e “requerendo alguma medida de compatibilização para que sejam facilitadas as transações”.²⁰²

Em relação às alterações no *civil law*, deve-se destacar ainda o impacto do neoconstitucionalismo^{203 204} que, ao proclamar a plena eficácia normativa da Constituição, retirando da lei o posto de supremacia, promove a sua limitação também através dos princípios constitucionais. Em outros termos, “com o reconhecimento do *status* normativo da Constituição como corolário lógico temos a necessidade de interpretar toda e qualquer norma jurídica a luz da Constituição”^{205 206}.

²⁰¹ TARUFFO, Michele. op. cit., p. 141-158, abr/jun.2003.

²⁰² MACÊDO, Lucas Buriel de. op. cit., 2015. p. 74-75.

²⁰³ LOURENÇO, Haroldo. op. cit., p. 241-269, jul/set.2012.

²⁰⁴ SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. op. cit., 2014. p. 707-734.

²⁰⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistemas de precedentes no novo código de processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 491-519.

²⁰⁶ “A doutrina atual costuma dizer que o processo civil ‘constitucionalizou-se’, isto é, o processo deve ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição. De fato, tendo em vista que o neoconstitucionalismo fez que o Direito Constitucional se tornasse onipresente em todos os ramos do direito, tornaram-se comuns as expressões “direito processual constitucional” ou “direito constitucional processual”. Há, inclusive, quem diferencie as expressões: o direito processual constitucional teria como objeto o estudo da jurisdição constitucional (normas relativas ao controle de constitucionalidade de lei e atos normativos, e a tutela dos direitos fundamentais), enquanto o direito constitucional processual estudaria os princípios e regras contidos na Constituição que disciplinam o processo. No entanto, inexistente razão para essa dicotomia, uma vez que as matérias atribuídas a uma expressão estão geralmente inseridas na outra. Também não existe qualquer interesse prático em desmembrá-las. Aliás, essa dicotomia decorre de uma visão antiga, superada pelo neoconstitucionalismo, pois, como já foi dito, atualmente todo o ordenamento jurídico gravita em torno do texto constitucional. O certo é que o direito processual constitucional (ou direito constitucional processual) consiste na ênfase ao estudo do processo a partir dos princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que a Constituição projeta sobre ele, incluindo os remédios que compõem a ‘jurisdição constitucional das liberdades’ (mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, ação civil pública etc). Assim são recíprocas as influências que a Constituição e a ordem processual exercem uma sobre a outra. O ‘modelo constitucional do processo’ nada mais é, portanto, do que o resultado da interpretação das leis processuais a partir da necessidade de que o direito fundamental a um processo justo (tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada) seja respeitado, consoante os princípios e garantias constitucionais processuais. (...). No modelo constitucional do processo, o julgador tem o compromisso de interpretar as normas processuais sempre com os olhos na Constituição Federal. Isso não quer dizer que ao julgador é concedida ampla e ilimitada discricionariedade, pois as suas decisões são passíveis de controle, por meio da análise de sua necessária fundamentação e motivação.” (DONIZETTI, Elpidio. op. cit., 2016. p. 29-30).

Assim, esse maior poder reconhecido ao juiz, para controlar a lei em face dos princípios contidos na Constituição (concretização de regras abertas), acaba por aproximá-lo da atuação do juiz do *common law*.²⁰⁷

Alessandra Lopes Santana de Mello²⁰⁸ refere-se à “mudança de paradigma”. Para a autora, “se o Direito não mais se restringe aos textos legais, se a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar os Direitos contidos na Constituição, força reconhecer que o paradigma, agora, é também o juiz e não exclusivamente a lei”.

Outro fator que igualmente aproxima o juiz do *civil law* do juiz do *common law* é a perda da centralidade das codificações, ocorrida a partir da necessidade da ordem jurídica se ajustar às demandas sociais. Desse modo, os Códigos do século XX, em sua maioria, adotaram a técnica legislativa de cláusulas gerais²⁰⁹. E legislar por cláusulas gerais representa deixar ao intérprete uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato²¹⁰. Essas cláusulas abertas, tal como os conceitos vagos, são poros, por meio dos quais a realidade social pode penetrar²¹¹.

Já especificamente no Brasil, filiado ao sistema do *civil law*, é inquestionável a influência do sistema do *common law*, especialmente dos Estados Unidos, como se constata através da internalização de técnicas e institutos, como da forma federativa de Estado, do modelo do Supremo Tribunal Federal, do sistema de jurisdição una e de instrumentos constitucionais processuais de defesa de liberdades (*writs*).²¹²

Uma maior influência ou importância do precedente no *civil law* no Brasil também é uma tendência^{213 214} que se identifica em inúmeras alterações na legislação nacional, como, por exemplo, o recurso especial fundado em divergência jurisprudencial (art. 541, parágrafo único, do CPC/73); o julgamento monocrático do Ministro relator de recurso quando o tema já tenha sido objeto de pronunciamento pelo tribunal (art. 38, da Lei n. 8.038/90); a dispensa

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2013. p. 65-70.

²⁰⁸ MELLO, Alessandra Lopes Santana de. op. cit., p. 65-91, out/dez.2011.

²⁰⁹ DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. op. cit., 2012. p. 41-82.

²¹⁰ PERLINGIERI. Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 27 apud DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. op. cit., 2012. p. 41-82.

²¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 172, p. 121-174, jun.2009.

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 140, p. 143-154, out.2006 apud ALMEIDA, Caroline Sampaio de. op. cit., p. 343-384, ago.2012.

²¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 33-45, mar.2010.

²¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. op. cit., 2016. p. 390.

de reexame necessário quando a sentença, contrária à Fazenda Pública, estiver conforme súmula ou jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior competente (art. 475, §3º, do CPC/73); as súmulas vinculantes (EC n. 45/2004); e a regulamentação da repercussão geral (Lei n. 11.418/2006)^{215 216 217 218 219}.

Aliás, pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos vêm confirmando que a referência ao precedente não é, há tempos, uma peculiaridade exclusiva do *common law*, estando presente em quase a totalidade dos sistemas, inclusive do *civil law*.²²⁰

Não obstante, persiste diferenças no modo de aplicação do precedente no *civil law* e *common law*²²¹. A partir da análise da doutrina de MacCormick e de outros juristas estrangeiros, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron²²² apresentam as principais diferenças entre os sistemas (nem sempre constatados em todos os países):

1. nos países de *civil law*, as decisões não abordam os fatos de forma tão detalhada como nos países de *common law*, o que influencia sobremaneira no que pode ou não ser usado como base argumentativa em outros casos;

²¹⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2014. p. 227-230.

²¹⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 83.

²¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER, Fredie Jr. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 275-300.

²¹⁸ Antonio do Passo Cabral (op. cit., p. 19-43, abr/jun.2015) explica: “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 precedentes persuasivos, 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 no controle abstrato da constitucionalidade, 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 processual 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. [...]. Tudo isso levou a doutrina a constatar a progressiva importância que a jurisprudência vem assumindo no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, ainda que se adote a teoria dualista do ordenamento, com a consequente 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”.

²¹⁹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 425-443.

²²⁰ TARUFFO, Michele. op. cit., p. 139-155, set.2011.

²²¹ Para Dierle Nunes e Aline Hadad (Aspectos da dinâmica do direito jurisprudencial no Brasil versus a busca da coerência e integridade – Uma primeira impressão das premissas dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 77-99, jul/set.2014): “oficializou-se no Brasil um sincretismo equivocado entre as tradições do *common law* e do *civil law* onde se avalia qualquer possibilidade de aplicação de ‘precedentes’ (não obstante as diferenças dos sistemas jurídicos)”.

²²² THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. op. cit., 2016. p. 394-395.

2. nos países de *civil law*, há poucas considerações sobre políticas públicas;
 3. nos países de *civil law*, raramente há uma análise detalhada e comparativa dos fatos e fundamentos jurídicos que já foram submetidos ao crivo do Judiciário anteriormente e que justificariam a aplicação de um precedente, ou o seu *distinguishing*;
 4. nos países de *civil law*, não há real preocupação em diferenciar *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) do *obiter dicta* (opiniões não vinculativas);
 5. enquanto nos países de *common law* as normas jurisprudenciais são devidamente contextualizadas e emergem de situações de fato ou de padrões, o mesmo não se pode dizer dos países de *civil law*;
 6. nos países de *civil law* não existem técnicas sofisticadas de distinguir (*distinguishing*) um precedente do outro, ou de um precedente do caso em análise, salvo em casos cuja matéria controversa seja constitucional;
 7. nos países de *civil law*, normalmente (ou quase sempre), uma única decisão não é tida como suficiente para se impor como um precedente, sendo necessárias decisões em série para o entendimento nelas consubstanciado ter força, salvo nos casos de matéria constitucional;
 8. nos países de *civil law*, os juízes que estão na base da pirâmide hierárquica do Judiciário não se importam em ignorar as decisões proferidas por órgãos mais elevados se houver uma norma legal que lhes possibilite entender de forma diversa, ainda que tenham a consciência de que sua decisão será reformada;
 9. nos países de *civil law*, as cortes ignoram ou aplicam normas elaboradas jurisprudencialmente sem sequer mencionar o fato.
- Com exceção dos itens 2 e 7, supra, todas as considerações dos comparativistas se aplicam ao Brasil. Em relação ao 7, existe a tendência cada vez mais comum de que uma decisão fruto de técnica de causa-piloto (v.g., recursos repetitivos) tenha o condão de formar um precedente para casos futuros.

Com vistas a possibilitar a aplicação de uma teoria de precedentes, a exemplo do modelo existente no *common law*, o novo Código de Processo Civil fornece alguns fundamentos normativos, como, por exemplo, os princípios da coerência, integridade e estabilidade²²³. Fala-se em “um sopro de esperança”, na medida em que o novo Código de Processo Civil consagra regras relativas às principais exigências da racionalidade do modelo de precedentes do *common law*, além de regras afetas a teorias importantes sobre argumentação jurídica e fundamentação da decisões²²⁴. Inclusive, Dierle Nunes e André Frederico Horta²²⁵ pontuam que o novo Código de Processo Civil:

promove a estruturação de um novo modelo dogmático para o dimensionamento do direito jurisprudencial no Brasil em face do quadro de alta instabilidade decisória que acabou tornando inviável a promoção do uso adequado dos precedentes no Brasil, considerando a superficialidade da fundamentação dos julgados e a ausência de análise panorâmica dos fundamentos, entre outros déficits de aplicação.

²²³ Ibid., 2016. p. 400-401.

²²⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. op. cit., 2016. p. 275-300.

²²⁵ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. op. cit., 2016. p. 301-334.

Um dos principais óbices à adoção efetiva de uma teoria de precedentes no Brasil, fomentada pela massificação dos processos, é a motivação genérica, usual em sede recursal, e que se caracteriza pela possibilidade de utilização indistinta para variados casos²²⁶.

Com efeito, o novo Código de Processo Civil, ao privilegiar um sistema de valorização dos precedentes, acaba por exigir uma releitura do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais²²⁷, pois, de fato, a adequada fundamentação é um pressuposto ou requisito para o funcionamento dos precedentes conforme o modelo do *common law*. A respeito, não é demasiado lembrar que a fundamentação representa um importante elemento para identificação das *rationes decidendi*²²⁸.

Neste diapasão, o art. 489, do novo Código de Processo Civil, revela a preocupação do Legislativo quanto às críticas doutrinárias que, recorrentemente, voltam-se contra as decisões de fundamentação extremamente deficientes ou superficiais e que não enfrentam argumentos nucleares invocados pelas partes²²⁹. O art. 489, §1º, incisos III e IV, do novo Código de Processo Civil, considera não fundamentada, por exemplo, a invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão e o não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processos, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotado pelo julgador.

De outro lado, há o problema que se identifica comumente no direito processual do país de interpretação do precedente de forma acontextual, aplicando-o sem comparar os casos e as circunstâncias, ignorando ainda os princípios fundamentais incidentes nas espécies^{230 231}. Isso significa, a não adoção de um método casuístico de interpretação dos precedentes, o que

²²⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. op. cit., 2016. p. 584.

²²⁷ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. op. cit., 2016. p. 335-360.

²²⁸ MADÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 459-490.

²²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. op. cit., 2016. p. 349.

²³⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. op. cit., 2016. p. 275-300.

²³¹ Para Humberto Theodoro Júnior et al. (op. cit., 2016. p. 383): “Ao contrário do que se passa no common law, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matiz neoliberal, que privilegia a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de hiperintegração do direito”. Segundo os autores, “a expressão contrapõe-se ao que se pode chamar de desintegração do direito, gerada pela especificação exacerbada de um caso, cujas dimensões com outro caso não justificariam o tratamento diferenciado, justamente porque as partes (os dois casos) estão conectadas a uma totalidade. Como se vê a desintegração e a hiperintegração constituem vícios da prática judiciária que se localizam nos extremos, e, tal quais as virtudes aristotélicas, possuem um justo meio-termo: a integridade do direito. (...)”.

implica em uma desatenção às particularidades do caso com uma perigosa tendência de abstrativização imoderada²³².

Destarte, merece sedimentar que, para a correta aplicação dos precedentes obrigatórios, o Judiciário deve promover a “comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática”. Significa dizer, “considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado”²³³.

Dessa feita, para a aplicação de uma adequada teoria de precedente não é possível apenas se reportar a ementas^{234 235} de jurisprudência, como se fossem regras abstratas de direito²³⁶. Esse aspecto se materializa no art. 489, §1º, V, do novo Código de Processo Civil, ao estipular que a decisão não está fundamentada quando “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Disso também resulta que as novas decisões expedidas à luz de precedentes vinculantes “não são frutos de silogismos”. O que se quer expor é que elas também

²³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 263-274.

²³³ DONIZETTI, Elpídio. op. cit., 2016. p. 1305.

²³⁴ “Devemos perceber (o quanto antes) que qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve a sério o direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e emendas mecanicamente. (...) deve-se, sempre, levar em consideração que cada caso específico colocado sob apreciação do Judiciário dificilmente será completamente novo, mas certamente não será o último, o que induz ao questionamento sobre a pertinência de se tentar resolver todos os casos trabalhando por atacado ou por amostragem e com a pretensão de que o texto do enunciado, da ementa ou das teses formadas consiga, de antemão, abarcar todas as situações da vida possíveis, e, pior, sem o esgotamento da matéria e sem a abertura do espaço processual adequada para a discussão dos fatos subjacentes ao caso em análise em face dos precedentes e enunciados sumulares que se pretende aplicar ou afastar – posturas como essas eram incentivadas (ou, para dizer o mínimo, toleradas) pelo CPC/1973, mas o CPC/2015 busca promover uma readequação da prática judiciária à luz do modelo democrático de processo, para o que não pode ser interpretado a partir de velhos hábitos. Nessa quadra da história não é mais cabível a defesa da aplicação automática dos precedentes (...)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. op. cit., 2016. p. 406-407).

²³⁵ “A ‘ementocracia’ e a excessiva abstrativização da súmula vinculante são indícios de desvirtuamento da utilização dos precedentes, impulsionados pela configuração teórico-dedutiva e racional do pensamento do jurista brasileiro (e, de uma forma geral, dos juristas de países associados à tradição da civil law)”. (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 183-214).

²³⁶ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 663-680.

constituem “atos hermenêuticos”²³⁷, nos quais “o operador do direito deve se valer do raciocínio analógico, entre os fatos juridicamente relevantes do precedente e do caso presente, para identificar as semelhanças e as diferenças”. No entanto, é preciso alertar que “não se exige a identidade absoluta entre eles, até porque isso tornaria impossível o sistema de precedentes judiciais”. O que é necessário é que os fatos decisivos da decisão anterior sejam juridicamente relevantes para o julgamento do novo caso^{238, 239}.

2.3 Os precedentes judiciais no direito brasileiro

No direito brasileiro, especialmente com o novo Código de Processo Civil, os precedentes judiciais ganham visibilidade, merecendo o estudo de alguns de seus aspectos.

2.3.1 O problema da inconsistência da jurisprudência

Ao apresentar a proposta de redação do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, a Comissão de Juristas alertou, na Exposição de Motivos²⁴⁰, para a inconsistência da jurisprudência, ou seja, "indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes [...]". Na ocasião, ainda advertiu que essa inconsistência da jurisprudência gera "intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade".

²³⁷ STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 175-182.

²³⁸ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. op. cit., 2016. p. 335-360.

²³⁹ Consoante Dierle Nunes e André Frederico Horta (op. cit., 2016. p. 301-334): “raciocinar por precedentes é, essencialmente, raciocinar por comparações. Comparam-se situações, fatos, hipóteses, qualidades e atributos, e, ao serem feitas as comparações, analogias e contra-analogias são elaboradas para que se possa concluir se tais comparações são fortes o suficiente para que coisas diferentes sejam tratadas de forma igual, ou se são fracas o bastante para que coisas diferentes não sejam tratadas de forma desigual – aliás, por mais complexa e controvertida seja a noção de “justiça”, dificilmente, se conseguirá ensaiar alguma conceituação fundamentada sem enfrentar a questão da igualdade e da diferença”.

²⁴⁰ BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 22.jan.2016.

Bruno Dantas e Teresa Arruda Wambier²⁴¹ registram algumas razões para o aumento da preocupação com esse cenário jurisprudencial:

A preocupação com as decisões conflitantes dos tribunais superiores e, por conseguinte, dos demais órgãos do Judiciário extrapolou a academia e se tornou preocupante para o operador do direito por três razões: (i) o fenômeno passou a ser excessivamente frequente, somado a muitas bruscas mudanças de “opinião” dos Tribunais; (ii) muitas dessas decisões conflitantes são proferidas para resolver controvérsias que envolvem questões de massa. Neste caso, a ofensa à isonomia é mais gritante e, portanto, intolerável; (iii) passou a ser escancaradamente visível o fato de que os princípios da legalidade, da isonomia, ficam inteiramente comprometidos e a necessidade de que haja segurança jurídica e certa dose saudável de previsibilidade tornam-se irrealizáveis no plano empírico, nesse contexto.

Embora não haja unanimidade quanto aos fatores que ocasionam essa inconsistência da jurisprudência, dois fenômenos, *a priori*, contribuem decisivamente para ela. Importa dizer, o maior poder de interpretação reconhecido ao Judiciário e a ausência de uma cultura ou a insuficiência de instrumentos indutores de uma prática de respeito a precedentes ou à jurisprudência.

Em relação a um maior poder de interpretação reconhecido ao Judiciário, cabe anotar, inicialmente, a influência do neoconstitucionalismo.

Uma importante transformação trazida pelo neoconstitucionalismo, ao lado do reconhecimento de força normativa à Constituição e da expansão da jurisdição constitucional²⁴², é justamente o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Significa dizer, a interpretação jurídica tradicional, baseada nas premissas de que a norma abstrata oferece as soluções para os problemas jurídicos e ao juiz compete tão somente identificar a norma aplicável ao problema, não é mais integralmente satisfatória. A resposta constitucionalmente adequada ao problema exige mais do que o mero exercício de subsunção dos fatos em face da norma abstrata, reclama um exercício interpretativo do

²⁴¹ DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 216. p. 517.

²⁴² “As considerações cuja constatação fez parte dos números anteriores têm ocupado, de forma gradativa, os estudos do direito geral. Os próprios constitucionalistas têm destacado a importância da releitura para não dizer reconstrução dos métodos de entender e aplicar o próprio direito constitucional, quando analisado a partir dos princípios constitucionais. E mais ainda. Também a partir das mesmas considerações tem-se destacado a inegável e maior influência do direito constitucional nos demais ramos do direito. É o fenômeno que alguns chamam de ‘constitucionalização do direito.’” (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito civil, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 70).

magistrado, tornando-o um “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador”.^{243 244 245}

Assim, ao contrário do Estado Liberal, no Estado Democrático e Social de Direito, a magistratura assume posição hermenêutica ativa, ampliando a função criadora²⁴⁶ da jurisdição a partir da investigação do espírito da lei, com a “aplicação da proporcionalidade e da argumentação orientada por princípios jurídicos”.²⁴⁷

Esse fato, contudo, propicia uma maior insegurança, pois na aplicação de princípios, “entendimentos mais díspares possíveis podem surgir acerca de temas idênticos ou muito semelhantes, ainda que todos os aplicadores estejam imbuídos do mesmo ideal de realização de justiça”²⁴⁸.

Outro fenômeno que outorga um maior poder de interpretação ao Judiciário é a utilização mais recorrente de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados²⁴⁹ nos

²⁴³ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, p. 143-195, maio.2011.

²⁴⁴ Pedro Germano Anjos (op. cit., p. 160-180, set.2010) afirma: “Verifica-se a proeminência dos tribunais, os quais exercem uma função criadora de normas obscurecida pelas aparências, pois os tribunais a negam, insistindo que a tarefa de interpretação da lei e do uso do precedente é procurar, respectivamente, a “intenção do legislador” e o “direito já existente”. Tal é denominado por Ross de “fachada de argumentação”, como o artifício do juiz para encobrir a sua decisão valorativa, através das técnicas de interpretação e argumentação. (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. p. 184-185). [...] Portanto, a decisão judicial é legítima hermenêuticamente (pois constrói a norma de acordo com a situação de fato a julgar) e ainda: a sua decisão tem pretensão de definitividade perante todos os aplicadores do direito. Quanto maior a hierarquia formal dos tribunais, maior tal pretensão. Mas frise-se que a *vigência interpretativa* pode ser transposta tanto por uma decisão de tribunal superior (ou uma sessão superior do mesmo tribunal) quanto por mudanças fáticas ou no teor da cadeia de tradição jurídica”.

²⁴⁵ Segundo Maria Helena Diniz (**Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 174-175): “Resta-nos, por derradeiro, concluir que a função jurisdicional, quer seja ela de ‘subsunção’ do fato à norma, quer seja de ‘integração’ de lacuna normativa, ontológica ou axiológica, não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão, nitidamente ‘criadora’ de norma individual, uma vez que os juízes despendem, se for necessário, os tesouros de engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência objetiva, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se concretizaria, pois, sendo estático, não teria possibilidade de acompanhar as mutações sociais e valorativas da realidade, que nunca é plena e acabada, estando sempre se perfazendo.”

²⁴⁶ “Hoje se considera que o direito não é um sistema impecável e irrepreensivelmente lógico. Fala-se muito mais em racionalidade do que em lógica. Tudo isso torna imensamente mais complexa a tarefa de julgar. Torna, como já dissemos, a função do juiz quase que próxima, em algumas circunstâncias e sob determinadas condições, à do legislador”. (DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 38).

²⁴⁷ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 29, p. 161-185, jan/jun.2012

²⁴⁸ CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. op. cit. p. 207-246, jan.2013.

²⁴⁹ Para Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier (op. cit., 2016, p. 210 e 220), “os conceitos vagos ou indeterminados são expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos claros. Esses conceitos não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no

textos normativos, valorizada através do fenômeno da perda da centralidade das codificações ocorrida a partir da necessidade de a ordem jurídica se ajustar às demandas sociais²⁵⁰.

É notória, pois, a maior velocidade em que se implementam as transformações sociais, “seja pelo desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da globalização e da própria cultura influenciada por uma maior riqueza de fontes plurais que ora dialogam de modo interdisciplinar”²⁵¹.

Ademais, não se pode olvidar que em certas situações não é possível ao legislador inserir na norma todo o conteúdo de regulamentação do assunto, posto que “não raro [...] faz-se necessário considerar dados empíricos, fáticos, técnicos ou científicos, os quais somente o intérprete e/ou aplicador da norma lançarão mão no caso concreto”²⁵².

Tal técnica de cláusulas gerais que se difundiu a partir dos anos 40 do século XX²⁵³, baseia-se na premissa de que a lei pode ser apenas um dos elementos que informam a construção judicial do Direito, haja vista a insuficiência da lei, aplicada por meio da pura subsunção, para solucionar as variadas espécies de litígios²⁵⁴. Não raro, “a solução dos problemas jurídicos nem sempre é encontrada no relato abstrato do texto normativo. A distância deste e a realidade dos fatos e sorte de acontecimentos beira ao abismo”²⁵⁵.

... mundo dos fatos. (...). As cláusulas gerais, ao lado dos princípios jurídicos e dos conceitos vagos ou indeterminados que cada vez mais integram os textos das leis, são elementos característicos do direito contemporâneo. Trata-se de expressões, cujo significado também é vago, que se consubstanciam, como se disse, em ‘poros’, que fazem com que o direito se comunique com a realidade”.

²⁵⁰ Para Luiz Guilherme Marinoni (op. cit., p. 47-70, maio/jun.2013): “Diante da percepção do inevitável envelhecimento e esgotamento das disposições legislativas, tornou-se clara a necessidade de a lei conter espaços capazes de dar ao juiz o poder de adaptação da norma às novas realidades e valores. Surge, a partir daí, a noção de cláusulas gerais, vista como técnica legislativa que se contrapõe à técnica casuística. Há profunda modificação na maneira de o legislador produzir o direito; ou melhor, ainda que o legislativo continue a se valer de Códigos, deixa-se de utilizar apenas a técnica casuística, admitindo-se, ao seu lado, as chamadas cláusulas gerais, destinadas a permitir ao juiz considerar circunstâncias não normatizadas para dar solução adequada aos casos concretos”.

²⁵¹ PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 209-228.

²⁵² FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. op. cit., p. 195-213, abr.2014.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 47-70, maio/jun.2013.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012. p. 577-597.

²⁵⁵ MELLO, Alessandra Lopes Santana de. op. cit., p. 65-91, out/dez.2011.

Desse modo, os Códigos do século XX, em sua maioria, já adotaram a técnica legislativa de cláusulas gerais²⁵⁶. E essas cláusulas abertas, assim como os conceitos vagos, são “poros”, por meio dos quais a realidade social pode penetrar²⁵⁷.

Neste plano, “as cláusulas gerais utilizam em grau mínimo o princípio da tipicidade, atuando como metanormas na medida em que enviam o juiz a critérios determináveis em outros espaços do sistema ou mesmo fora dele”²⁵⁸. Em outras palavras, elas fornecem apenas um “início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto”, haja vista que não possuem todos os elementos para a sua aplicação²⁵⁹. O que se quer dizer é que, para acompanhar as mudanças, opta-se pela previsão de “padrões de conduta ou padrões de fato, em vez de prever condutas individuais, fatos específicos”. Isso significa que se busca “regular a essência, a ideia principal, mediante modelos abstratos o qual deverá ser confrontado com dados empíricos, científicos etc”²⁶⁰.

Com efeito, “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”²⁶¹. E, ainda que exista entendimento no sentido de que o juiz não “cria o direito”²⁶², pode-se defender que ao interpretar o conceito vago ou decidir com fulcro em princípios, o magistrado exerce, na prática, atividade próxima de criação do direito²⁶³, o que representa um incremento de seu poder^{264 265 266}.

²⁵⁶ DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. op. cit., 2012. p. 41-82.

²⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 121-174, jun.2009.

²⁵⁸ CAPELOTTI, João Paulo. A necessidade de precedentes diante da técnica legislativa de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 229-250.

²⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 143-195, maio.2011.

²⁶⁰ FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. op. cit., p. 195-213, abr.2014.

²⁶¹ PERLINGIERI. Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 27 apud DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. op. cit., 2012. p. 41-82.

²⁶² Para Lécio Resende da Silva (O problema da criação judicial do direito: origem, limites e legitimidade. **Revista de doutrina e jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Teritórios**, n. 63, p. 13-33, maio/ago.2000): “não há criação judicial do direito. Mesmo quando o juiz, na hipótese de ser lacunosa ou obscura a lei, e se vê na contingência de recorrer às fontes supletivas ou mediatas do direito, não o faz, não age para criar o direito, persistindo o seu papel de mero declarador do direito, em cada caso concreto. Age, e continua a atuar para garantir a realização do direito criado, possivelmente ainda não revelado, provavelmente ainda não declarado, e que, uma vez declarado, a ele deve fidelidade, ou, se se preferir a tônica constitucional germânica, ‘obediência’.”

²⁶³ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência no Estado de Direito – civil law e common law. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out.2009): “É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz do civil law não cria o direito. Cria, e isso é inevitável. E o faz ao interpretar conceito vago, ao reconhecer situações que se encaixam em cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa. Mas esta liberdade é do

Neste momento, válido um esclarecimento fático interessante. Segundo Nelson Jobim²⁶⁷, as cláusulas gerais ganharam importância especialmente a partir da promulgação da vigente Constituição Federal. Para tanto, aduz que “o sistema eleitoral brasileiro não assegura unidades ideológicas ou maiorias constantes dentro do Congresso Nacional; e não o fazendo, tem-se dificuldade de aprovar normas que sejam absolutamente transparentes e claras”. Com efeito, “quanto mais representativo for o parlamento, num país plural, maior a incapacidade ele terá de produzir normas de forma transparente”. Disso resulta que, nos dias atuais, regras “absolutamente transparentes e definitivas” só existem em Estados ditatoriais, pois “toda vez que se define algo, excluiu-se alguém e a tendência natural do Congresso é evitar a exclusão”.

Além do neoconstitucionalismo e das cláusulas gerais e dos conceitos vagos, Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier²⁶⁸ lembram outros fatores que outorgam maior poder à atividade interpretativa do juiz:

Sobre este último aspecto, pode-se dizer que o aumento da relevância de atividade do juiz resulta da complexidade e da mobilidade das sociedades atuais e também, fundamentalmente, da pretensão de que o direito cubra ou discipline a vida social, sob todos os aspectos. (...) A doutrina menciona a inflação legislativa, que ocorre em alguns setores, e é acompanhada, naturalmente, de sua desvalorização. Aumenta a possibilidade de contradições entre as leis e se torna imensa a possibilidade de combinações entre estas. Por outro lado, em outros setores, falta disciplina imposta por lei escrita, como, por exemplo, naquilo tudo o que se ligava à Internet, antes do advento da Lei 12.965, de 23.04 – Marco Civil da Internet.

Por tudo isso, apesar de a teoria clássica não considerar o precedente como fonte formal do direito, sendo ele a lei interpretada, acaba por assumir, na prática, importância semelhante à lei. E a atividade do Judiciário de extrair a norma da lei, por revestir caráter interpretativo, conduz, muitas das vezes, a resultados distintos.

Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais, sob pena de afrontar o princípio da isonomia.”

²⁶⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit., 2007. p. 71-72.

²⁶⁵ “Vimos que, especialmente na chamada pós-modernidade, não podemos fugir da atitude criativa dos julgadores, considerando que a mesma é inerente à atividade decisória. Vimos ainda que o direito, por trabalhar com linguagem, pode fazer uso de palavras que possuam vários sentidos; que a interpretação não é imune à ambiguidades, que determinam a possibilidade de ser atribuído mais de um sentido ao mesmo signo. E ainda, trabalha o legislador com cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Legisla através de princípios e regras, que são espécies do gênero norma”. (GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. op. cit., 2016. p. 491-519).

²⁶⁶ “O juiz cria, mas tem o dever de fazê-lo de forma harmônica com o sistema”. (DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 81).

²⁶⁷ JOBIM, Nelson. Entrevista. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 5, n. 20, p. 63-83, out/dez.2011.

²⁶⁸ DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 37-38.

Esse contexto conduz, primeiramente, a um dever do julgador. Isso é, para que no momento da interpretação e aplicação da norma, a decisão judicial não seja arbitrária ou puramente discricionária, o magistrado deve explicar suficientemente a relação entre o conceito indeterminado, contido de forma geral e abstrata no texto legal, e os fatos controvertidos, relevantes para o julgamento da demanda.²⁶⁹

Por outro lado, antecipa-se que, apesar de a cláusula geral ser uma espécie de norma legislativa incompleta e a decisão judicial se aproximar da figura de uma norma jurídica do caso concreto ou a norma interpretada²⁷⁰, é incontestado que “a função das cláusulas gerais não é permitir uma inflação de normas jurídicas para um mesmo caso, mas o estabelecimento de normas jurídicas de caráter geral”²⁷¹. Não divergindo, sob outro prisma, Teresa Arruda Alvim Wambier²⁷² adverte que um conceito vago “não se destina ao juiz individualmente considerado, mas ao Judiciário como um todo e não pode ser entendido como sendo liberdade para que cada juiz adapte o direito ao caso concreto à sua maneira pessoal”.

Assim, “a percepção de que a norma é o resultado da interpretação (...) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito”²⁷³. Aliás, em relação à ausência de uma cultura ou à insuficiência de instrumentos indutores de uma prática de respeito a precedentes judiciais, cabe anotar que o grau de eficácia do precedente pode variar conforme cada ordenamento jurídico. Nesta senda, um país pode não reconhecer nenhuma relevância aos precedentes, mas também pode lhes outorgar vigorosos efeitos jurídicos^{274 275}, sendo recorrente duas as principais classificações, ou seja, o efeito persuasivo e o efeito vinculante.

²⁶⁹ CAMBI, Eduardo. op. cit., p. 413-438, mar.2015.

²⁷⁰ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (op. cit., p. 327-338, abr/jun.2007): “Importa, já nesse passo, salientar que as decisões jurisdicionais têm, na intimidade da composição do que se entende por Direito, uma importância peculiar e toda especial, pois são elas que produzem a inteligência autêntica do Direito. Deveras, é a inteligência da norma que determina e especifica seu conteúdo. Já houve quem dissesse, em frase conhecida, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Entretanto, talvez se pudesse dizer com maior razão: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que lhe resulta da interpretação. Esta, quando feita pelo Judiciário em vista de aplicar ao caso sub judice o direito cabível, é que confere o sentido, o alcance exato, a significação precisa e incontável seja às disposições constitucionais, seja às normas legais, seja aos atos administrativos. A óbvia razão disto é que a inteligência jurisdicional há de ser irrefragavelmente reconhecida como sendo o Direito no caso concreto. Assim, é a interpretação que especifica o conteúdo da norma”.

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 47-70, maio-jun.2013.

²⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 53-62, out.2009.

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2016. p. 986.

²⁷⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 453.

Os precedentes persuasivos não possuem força vinculativa em relação a futuros julgados, não precisando ser seguidos pelo julgador seguinte²⁷⁶. Ostentam apenas eficácia persuasiva²⁷⁷ ou de convencimento, revestindo-se essencialmente de valor moral²⁷⁸. Trata-se da eficácia mínima observada em todos os precedentes²⁷⁹ que “deriva da própria estrutura e lógica do sistema de produção de decisões judiciais, ao exigir respeito do órgão que proferiu a decisão ou do órgão inferior diante das suas próprias decisões e dos tribunais que lhe são superiores”²⁸⁰. Já os precedentes vinculantes são obrigatórios, ensejando dever de obediência dos julgadores para casos futuros similares, vinculando-os à tese jurídica do precedente²⁸¹.

Em suma, ainda que o precedente seja um fato identificado em qualquer sistema com decisão jurisdicional, reitera-se que o tratamento jurídico ou o grau de eficácia do precedente reconhecido pelo direito de cada país é objeto de variação, sendo mais desenvolvida a teoria dos precedentes nos países que seguem o *common law*^{282 283}.

Neste panorama, verifica-se que o poder elástico de interpretação do Judiciário aliado à desnecessidade de obediência, no mais das vezes, a decisões proferidas anteriormente para situações semelhantes, contribui, no país, para o que a Comissão de Juristas responsáveis pela apresentação da redação de anteprojeto do novo Código Civil qualificou como fragmentação do sistema (inconsistência da jurisprudência).

Não se questiona que a liberdade de interpretação dos juízes em um sistema no qual não há uma cultura de obediência a precedentes ou de coerência com julgamentos anteriores conduz a um contexto de caos jurisprudencial. O que se quer dizer, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier²⁸⁴ é que “quanto mais flexíveis são os parâmetros que orientam as decisões do juiz, maior é a relevância de que se respeitem as decisões do Tribunais Superiores”.

De outro lado, apontados esses dois centrais fatores que contribuem para a inconsistência da jurisprudência, deve-se indicar alguns efeitos negativos desse fenômeno,

²⁷⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2004. p. 186.

²⁷⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 101.

²⁷⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 456.

²⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2004. p. 12.

²⁷⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 456.

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2013. p. 116.

²⁸¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 455.

²⁸² LOURENÇO, Haroldo. op. cit., p. 241-269, jul/set.2012.

²⁸³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 453.

²⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 263-274.

já que, repita-se, segundo a suscitada Comissão de Juristas, tal situação gera "intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade".

O primeiro efeito negativo de um sistema judicial conivente²⁸⁵ com a produção de decisões contraditórias é a instabilidade das relações jurídicas sociais, haja vista que a falta de previsibilidade dos julgamentos impede a calculabilidade das consequências dos atos praticados em sociedade.

A imprevisibilidade das decisões judiciais também constitui grave obstáculo para o desenvolvimento das atividades econômicas^{286 287}, influenciando, inclusive, nos investimentos realizados no país. Inúmeros estudos abordam essa relação entre o Direito, o Poder Judiciário e a Economia, apontando a previsibilidade como um dos fatores que influenciam no crescimento da integração econômica entre países e regiões²⁸⁸.

Outro resultado da persistente produção de decisões divergentes, incidentes sobre contextos fáticos similares, é a perda da legitimidade do Estado-Juiz na prestação jurisdicional²⁸⁹ e a deslegitimação do Judiciário frente aos cidadãos²⁹⁰ ou o descrédito do povo em face do Poder Judiciário^{291 292}.

Por fim, porém igualmente prejudicial, a inconsistência da jurisprudência alimenta a litigância aventureira, que se lastreia na ideia de uma “jurisprudência lotérica”, na qual a coexistência de posições diversas incentiva ou ao menos oportuniza ao cidadão buscar um

²⁸⁵ “O fato de o sistema ‘tolerar’ decisões diferentes acerca de situações absolutamente idênticas não significa que esse fenômeno seja desejável. O mesmo se há de dizer quanto à tolerância a respeito de entendimentos diferentes que se possam ter sobre o sentido de um texto legal. Sempre nos pareceu desejável, para os fins de se gerar dose mais elevada de previsibilidade, que certo texto de lei comporte um só entendimento, que se considere correto”. (DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (op. cit., 2016. p. 72-73).

²⁸⁶ PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 143-156.

²⁸⁷ TUCCI, Rogério Cruz e. op. cit., 2016. p. 445-457.

²⁸⁸ BASTOS, Antonio Adonias A. op. cit., p. 295-316, jan.2014.

²⁸⁹ CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinícios Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. **Doutrinas essenciais de processo civil**, São Paulo, v. 6, p. 1251-1270, out.2011.

²⁹⁰ PEREIRA, Paula Pessoa. op. cit., 2012. p. 143-156.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 47-70, maio/jun.2013.

²⁹² “Penso que isso ocorre também no Brasil: excesso de dispersão jurisprudencial desacredita o Judiciário e decepciona o jurisdicionado. É um mal para a sociedade. (DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 186).

provimento judicial favorável²⁹³. Fala-se, inclusive, em uma teoria de incentivos, identificada por ocasião de níveis elevados de divergências²⁹⁴.

Neste panorama, conhecidas as principais causas e alguns efeitos deletérios do problema denominado inconsistência da jurisprudência, atinente à função de prestação jurisdicional, convém a análise da específica proposta trazida no bojo do novo Código de Processo Civil, notadamente em seus artigos 926 e 927.

2.3.2 Uniformização e estabilização da jurisprudência como providências necessárias para combater a inconsistência da jurisprudência

A atenuação da inconsistência da jurisprudência reclama, a primeira vista, o combate a uma de suas causas.

No entanto, é certo que a causa a ser combatida não é o reconhecimento de um maior poder interpretativo dos juízes, haja vista que os seus principais fatores não admitem retrocesso. Primeiramente, a posição de destaque ou de centralidade da Constituição e, por consequência, a valorização da interpretação conforme seus princípios e valores, é um fenômeno irreversível, ao menos neste momento histórico. Por outro lado, a utilização da técnica legislativa de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados é uma exigência da realidade como meio de se alcançar uma maior efetividade do processo a partir da "adequação dos dispositivos legais à dinâmica realidade histórico-cultural concreta"²⁹⁵.

Com efeito, diante da impossibilidade de a lei regulamentar objetivamente todas as situações jurídicas, especialmente nesta época de relações humanas mais complexas e dinâmicas, que torna indispensável o procedimento hermenêutico realizado pelo juiz, remanesce tutelar a segurança jurídica a partir de uma política de valorização de uniformização e estabilização dos pronunciamentos judiciais.

²⁹³ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr.2011

²⁹⁴ DANTAS, Bruno. op. cit., 2015. p. 50.

²⁹⁵ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios - uma breve reflexão do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 251-267.

Aliás, esse objetivo é claramente identificado no novo Código de Processo Civil, prestigiado, inclusive, desde o início da tramitação do anteprojeto da lei processual.

A respeito, observa-se que a Comissão de Juristas, já referida alhures, apresentou, inicialmente, uma proposta de redação do art. 846 contemplando que “os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência [...]”.

Em 15 de dezembro de 2010, o Projeto de Lei n. 166/2010 foi aprovado no Senado Federal e seguiu para exame da Câmara dos Deputados sob o n. 8.046/2010. Em relação à redação original do art. 847, foi acrescida a referência a “em princípio”: “os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência [...]”.

Em continuação, em 16 de junho de 2011, foi criada uma nova Comissão de Juristas, agora no âmbito da Câmara dos Deputados, composta por nomes como Fredie Didier Jr., Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, para proferir parecer ao Projeto de Lei.

O Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei remanejou a regra para o art. 520 e acresceu a referência a “íntegra e coerente”, passando a prever: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Em prosseguimento, em 17 de dezembro de 2014, o Substituto da Câmara dos Deputados foi aprovado com emendas pelo Senado Federal e, em 16 de março de 2015, a Excelentíssima Presidente da República sancionou, com vetos parciais, o texto do novo Código de Processo Civil, tendo sido publicado em 17 de março de 2015.

Na redação final do novo Código, prevalecendo a redação do Substituto da Câmara, o art. 926 estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Neste plano, a simples leitura do dispositivo indica a necessidade do enfrentamento de alguns conceitos jurídicos.

2.3.2.1 Uma teoria do precedente judicial no (novo) Código de Processo Civil?

Cabe anotar que o art. 926, do novo Código de Processo Civil, “proclama a própria função de uma teoria dos precedentes, ou seja, “a consolidação de um sistema coeso, estável, íntegro, harmônico e coerente de uniformização jurisprudencial e de elaboração, interpretação e aplicação das decisões judiciais”²⁹⁶. E, de outro lado, também almeja corrigir equívocos no tratamento das decisões judiciais, “a começar pela completa ausência de estabilidade de entendimentos e do constante desprezo ao modo como um tribunal já vinha decidindo”²⁹⁷ ²⁹⁸.

Segundo Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier²⁹⁹

Um dos traços mais marcantes do Novo Código de Processo Civil é justamente extrair todas as possíveis consequências positivas de se prestigiar a jurisprudência, não só, mas, principalmente, a dos tribunais superiores. O art. 926 é sinal evidente desta tendência: trata-se de um artigo de natureza principiológica, em que se recomenda aos Tribunais, em geral, que uniformizem a sua jurisprudência, mantenham-na estável, íntegra e coerente. Esta situação com certeza tende a diminuir a carga de recursos que seriam destinados a este tribunal, que passa ser mais respeitado e a cumprir adequadamente com o dever de gerar segurança jurídica.

Todavia, o dispositivo não sinaliza para uma teoria de precedentes tal como existente historicamente nos países que seguem o *common law*.

Tradicionalmente, no Brasil, a exemplo de outros países do *civil law*, o precedente, isoladamente, não costuma ser valorizado. Em regra, não se extrai a norma geral aplicável a casos futuros de uma única decisão. Uma força persuasiva significativa é comumente aceita somente a partir da reiteração de decisões judiciais no mesmo sentido³⁰⁰ ³⁰¹. “É essa

²⁹⁶ FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes no novo código de processo civil. In: DIDIER JR, Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 521-535.

²⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. op. cit., 2016. p. 373.

²⁹⁸ Enquanto Lucas Buril Macêdo (op. cit., 2016. p. 459-490) afirma que o art. 926 é “o dispositivo mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais, fornecendo material suficiente para a construção do stare decisis brasileiro”, Rogério Cruz e Tucci (op. cit., 2016. p. 445-457) critica o dispositivo, ponderando que “O art. 926 insere uma regra, de cunho pedagógico, totalmente desnecessário e inócua: ‘os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente’. É o mínimo que se espera!”

²⁹⁹ DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 518.

³⁰⁰ LOURENÇO, Haroldo. op. cit., p. 241-269, jul/set.2012.

³⁰¹ Pedro Germano Anjos (op. cit., p. 160-180, set.2010) explica que o regime jurisprudencial é fruto da aproximação entre os sistemas common law e civil law: “Mas dada a aproximação entre os sistemas na atualidade, é de se dizer que a jurisprudência dominante (quanto mais a sumulada) detém até força vinculativa, instituindo os regimes jurisprudenciais. Regime jurisprudencial é a ordenação construída em sede de decisão judicial quando cabe à jurisprudência constituir significados ao impor diferentes regimes: diferentes relações jurídicas. Geralmente apenas existe a partir de jurisprudência de tribunal superior, e regula a tomada de posição de todos os executores do direito e magistrados sobre determinado aspecto.”

constância e repetição homogênea e quantitativa do precedente e da sua opção interpretativa que dá uniformidade e estabilidade à regra que dali se extrai”³⁰².

Dessa maneira, no Brasil, uma estabilidade de julgamento, ainda que geralmente apenas relativa, é historicamente alcançada somente quando um entendimento é adotado por uma quantidade significativa de julgados e em um razoável lapso temporal. Destarte, fala-se em um modelo de “jurisprudência íntegra”, no qual não se depende de um precedente a ser seguido e não se adota a doutrina do *stare decisis*.³⁰³

No entanto, excepcionalmente, admite-se um único precedente conter força persuasiva ou até vinculativa^{304 305}, como ocorre, por exemplo, no controle concentrado de constitucionalidade, tendo sido recepcionado o modelo norte-americano³⁰⁶. Ademais, quando o precedente se origina de um tribunal superior é geralmente aceita uma autoridade diferenciada³⁰⁷. O art. 927, do novo Código de Processo Civil, inclusive, inova ao estabelecer

³⁰² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 488.

³⁰³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. da obra Código de processo civil comentado, reescrita de acordo com a Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1242-1243.

³⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 33-45, mar.2010.

³⁰⁵ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (op. cit., 2016. p. 988-989) alertam: “O art. 926, CPC, alude genericamente à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, empregados igualmente em seus parágrafos. Trata-se de um equívoco que deve ser dissipado a fim de obviar o risco de degenerarmos a problemática e democrática juridicidade em um apodítico e autoritário legalismo. Jurisprudência, precedentes e súmulas são conceitos que não podem ser confundidos – ainda mais porque o legislador procurou ressignificar os conceitos de jurisprudência e súmulas e introduzir o de precedentes no novo Código. (...). O novo Código claramente outorga outro sentido ao termo jurisprudência – ao menos para determinados casos. Para essas situações, o novo Código exige a sua ressignificação: isso porque, ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomado em incidente de assunção de competência 9art. 927, III, CPC) no âmbito das Cortes de Justiça e dispensar a múltipla reiteração de julgamentos como requisito para sua configuração, na medida em que basta um único julgamento mediante incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, o direito brasileiro rompe em grande parte com as caracterização tradicional da jurisprudência. O mesmo ocorre com as súmulas. Quando as súmulas eram vistas apenas como um método de trabalho capaz de ordenar e facilitar a tarefa dos juízes – note-se que aí os destinatários das súmulas eram apenas e tão somente os próprios órgãos judiciais que compunham os tribunais que as emanavam – bastava redigi-las de forma abstrata, sem qualquer alusão aos casos concretos aos quais ligadas. Ao reconhecer as súmulas como guias para a interpretação do direito para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral (art. 927, II e IV, CPC), previu-se o dever de identificação e de congruência das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram suas criações (art. 926, §2º, CPC). Além de ressignificar a jurisprudência e as súmulas, o novo Código introduziu o conceito de precedentes. Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões. Por essa razão, operam necessariamente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem”.

³⁰⁶ SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. op. cit., 2014. p. 707-734.

³⁰⁷ “O Brasil é um país de civil law, ou seja, daqueles em que o juiz decide com base na lei. O natural no nosso sistema é que a força de orientação da jurisprudência apareça, na medida em que essa jurisprudência é

um rol de precedentes, jurisprudência e enunciados de súmulas obrigatórios, como os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, e os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.^{308 309}

No Brasil, especificamente, identifica-se uma espécie de “evolução” na relação “precedente - jurisprudência - súmula”. Embora distintos, precedente, jurisprudência e súmula são conceitos interligados. Vale dizer, “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”.³¹⁰

Essa sistemática, aliás, está prevista no novo Código de Processo Civil quando o seu art. 926, determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” e, após, consagra no §1º, do mesmo dispositivo, que “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.³¹¹

No entanto, Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte e Maria Eduarda de Oliveira Brasil explicam que a diferença entre jurisprudência e precedente não se limita ao aspecto quantitativo. Assim, também em termos qualitativos é possível distingui-los, tendo aquela o

reiterada e uniforme. Também é típico do nosso sistema que precedentes dos tribunais superiores, mesmo que seja um só, tenham autoridade diferenciada. Por isso é tão grave e indesejável que os Tribunais superiores alterem frequentemente as suas posições. (DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 518).

³⁰⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 461-462.

³⁰⁹ “O NCPC privilegia precedentes proferidos em certas e determinadas situações que justificam seja eles tidos de antemão como precedentes. Sim, porque há decisões que se tornam, naturalmente, precedentes a posteriori: ou seja, são densas, convincentes, com excelentes fundamentos, que passam a ser respeitadas em casos posteriores, idênticos ou semelhantes. De acordo com a sistemática do CPC de 2015, há decisões que já nasceram como precedentes obrigatórios e que devem ser paradigma para as posteriores, em casos normalmente idênticos e às vezes semelhantes”. (DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 277-278).

³¹⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 487.

³¹¹ Este dispositivo é objeto de crítica por Lucas Buriel Macêdo (op. cit., 2016. p. 459-490): “peca, entretanto, o dispositivo, em seu §1º do art. 926 do CPC/2015 estabelece que os tribunais, consoante sus regimentos internos, ‘editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante’. Não é possível confundir os dois institutos, inclusive porque a necessidade de instituir súmulas ou súmulas vinculantes parte do pressuposto da ausência de força do precedente, isoladamente e em sua unidade. Há de se perceber: caso o *stare decisis* brasileiro estivesse institucionalizado a importância das súmulas seria reduzida a nada. (...). Com as súmulas busca-se excluir discordâncias e, assim, excluir-se a própria possibilidade de construção dialógica, envolvendo o máximo de número de processos – e, conseqüentemente, de jurisdicionado, advogados e demais atores jurídicos e sociais –, e paulatina, o que permite que a decisão absorva o maior número possível de argumentos. Opta-se por eliminar a natural formação dinâmica do precedente e a flexibilização [insita à sua aplicação]”.

objetivo de identificar o significado de certa norma jurídica, por meio de várias decisões, ao passo que este se dirige em propiciar solução para um certo caso concreto^{312 313 314}.

Por sua vez, Gilberto Andreassa Júnior alerta que a formatação dos enunciados “não consigna os fundamentos essenciais das decisões que geraram a súmula”. Segundo ele, “enquanto o precedente judicial, nos moldes do *common law*, delimita toda a racionalidade jurídica (*ratio*), a súmula apenas se presta a mencionar um resumo do dispositivo”³¹⁵.

2.3.2.2 Coerência e integridade da jurisprudência

Os deveres de coerência e integridade, previstos no art. 926, do novo Código de Processo Civil, são pressupostos da própria universalização da jurisprudência, como produto de uma metodologia racional e não autoritária³¹⁶.

Ainda que não se vislumbrem definições consolidadas, pode-se defender que os deveres de coerência e integridade traduzem uma pretensão de se obter consistência da jurisprudência. Enquanto a coerência se refere à obrigatoriedade de se buscar decisões judiciais não contraditórias^{317 318} e com conexão positiva de sentido, a integridade propõe o

³¹² DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. op. cit., p. 38-43, jun.2015.

³¹³ Eduardo Cambi (op. cit., p. 413-438, mar.2015), alicerçado na doutrina de Michele Taruffo (Precedente e Jurisprudência. RePro 199/140. São Paulo: Ed. RT, set. 2011) explica: “Os conceitos de precedente e jurisprudência não se confundem. Há uma distinção *quantitativa*, pois o precedente diz respeito, em regra, a uma determinada decisão ou a um conjunto específico de julgados, ao passo que o termo jurisprudência deve corresponder a uma pluralidade de decisões em variados casos concretos. Por isso, pode-se identificar qual (quais) decisão (decisões) formou (formaram) o precedente, enquanto a jurisprudência está atrelada a uma quantidade imprecisa, podendo existir considerável número de decisões em um determinado sentido, o que pode aumentar a dificuldade de se identificar qual tenha sido o julgado condutor do entendimento firmado. Todavia, buscar saber os julgados que originaram o entendimento jurisprudencial não é tão relevante quanto entender quais julgamentos formaram o precedente, pois a jurisprudência tem eficácia apenas persuasiva enquanto os precedentes vinculam os órgãos judiciais. Sob o aspecto *qualitativo*, a formação do precedente é feita pelo julgador do caso posterior, uma vez que é ele quem irá dizer, a partir da comparação entre as situações fáticas do caso anterior e do caso a ser julgado, se a *ratio decidendi* daquele é possível de ser aplicada a este como base suficiente para a solução que se espera. Isso indica que o precedente fornece uma regra *universalizável*, ou seja, que possa ser extraída daquela decisão que serviu para a resolução de um caso específico e utilizada em outros que tenham semelhanças suficientes.”

³¹⁴ “A jurisprudência possui diferença quantitativa em relação ao precedente. Enquanto aquela remete a uma multiplicidade de decisões relativas a vários casos concretos, o precedente é um julgado individual, que poderá ou não formar jurisprudência” (NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. op. cit., 2016. p. 301-334).

³¹⁵ ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. op. cit., p. 81-102, set.2013

³¹⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 479.

³¹⁷ Luiz Guilherme Marinoni (op. cit., p. 47-70, maio-jun.2013) alerta que a coerência é um pressuposto do Estado de Direito: “A coerência do direito, diante da função judicial contemporânea, obviamente exige que as decisões judiciais guardem coerência, o que não existe quando casos similares recebem respostas

direito como um sistema de normas (e, não, um amontoado de regras)³¹⁹, adequado em face da Constituição e do ordenamento jurídico em sua integridade³²⁰. Em outros termos, a coerência “faz correlação entre entendimentos pretorianos manifestados no passado e no presente”, ao passo que a integridade “implica a análise de correção e coesão sistêmica de seus fundamentos e conclusões, de acordo com o conjunto de normas (princípios e regras), aplicáveis ao caso concreto”³²¹. Assim, evidentemente, a coerência e a integridade não refletem uma “repetição acrítica de precedentes”³²². Ou seja, não se quer dizer que as interpretações são imutáveis, mas, sim, que os Tribunais não podem decidir sem considerar a sua “história institucional”³²³.

Tais deveres assentam a ideia de uma jurisprudência como um processo contínuo de compreensão e sedimentação de motivos³²⁴. Aproxima-se, com isso, da analogia proposta por Ronald Dworkin do Direito como um “romance em cadeia”, no qual, mesmo na hipótese de

diferentes. Note-se que a falta de coerência no que é dito envolve uma falta de ‘sentido’. O direito dos juízes, visto como discurso do Poder Judiciário, não guarda coerência quando formado por decisões que conferem significados dispares ao mesmo texto legal. Na verdade, no caso de decisões que afirmam significados diferentes a um mesmo texto, não há sequer como pensar em direito dos juízes ou em discurso do Poder Judiciário, desconhece-se o pensamento e o discurso do Judiciário. Isso é extremamente grave quando se tem consciência de que a coerência do direito é um pressuposto do real funcionamento de um Estado de Direito”.

³¹⁸ Fredie Didier Jr. (Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 383-397) leciona que “a exigência de coerência produz efeitos também em duas dimensões: interna e externa. Do ponto de vista externo, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. (...). Além disso, a dimensão externa do dever de coerência reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito: o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto. A coerência impõe o dever de autorreferência, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los de demonstrar o distinguishing. (...). A dimensão interna do dever de coerência relaciona-se à construção do precedente e, por isso, ao dever de fundamentação. Coerência, nesse sentido, é uma dimensão da congruência que se exige de qualquer decisão judicial. (...)”.

³¹⁹ Enunciado n. 456 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico”.

³²⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 479-487.

³²¹ THEODORO NETO, Humberto Theodoro. A relevância da jurisprudência no novo CPC. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 665-684.

³²² NUNES, Dierle; LADEIRA, Aline Hadad. op. cit., 2014. p. 77-99.

³²³ “... a estabilidade jamais pode permitir um engessamento do direito mediante a supressão de técnicas de superação (overruling) ou distinção (distinguishing). Como já uma aposta na nova legislação no poder e no uso de precedentes e súmulas, então os deveres de coerência e integridade são fundamentais, inclusive quando uma corte proceder à distinção e/ou quando for o caso de superação de precedentes. Como dito, não há que se falar em petrificação, contudo, quando a Corte que fixou um precedente entende que é o caso de ‘superá-lo’ precisa fazê-lo de forma explícita, é dizer, reconhecer que há um precedente e que este está incorreto face à compreensão que do Direito se tem naquele momento. O que não se pode ocorrer é um Tribunal decidir desconsiderando toda sua história institucional” (THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. op. cit., 2016. p. 374).

³²⁴ LIANO, Miguel Pasquiau. Precedente, Jurisprudencia y Motivación de las Setencias. **Revista de Direito Público**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 54, p. 79-90, nov/dez.2013.

vários autores serem incumbidos da sua elaboração, cada um de um capítulo, a história deve conservar uma continuidade, afastando rupturas e incongruências. Com efeito, o escritor do romance, tal como o Judiciário em face da jurisprudência, “deve adotar um ponto de vista sobre o romance que vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo”³²⁵.

Em síntese, “a integridade e a coerência só podem ser vistas no contexto de continuação de uma obra, e não como instâncias estáticas”³²⁶. Desse modo, “novas circunstâncias/contextos sempre vão emergir quando da construção de um novo capítulo”, uma vez que inviável “a compreensão sempre universal e homogênea da vida e de seus problemas concretos”³²⁷. No dizer de Antonio Aurelio Abi-Ramia e Maria Eduarda de Oliveira, “a norma, para ter seu sentido construído, passa por uma longa evolução, por um caminho em que se impõem coerência e integridade às decisões a seu respeito”³²⁸.

A ideia de uma jurisprudência íntegra ainda dialoga com a doutrina de Ronald Dworkin sobre um “juiz imaginário”, batizado com a metáfora de “juiz Hércules”, que é capaz de utilizar a sua sabedoria e paciência em busca da resposta correta para sua decisão. Ao contrário dos juízes positivistas, o juiz Hércules não está restrito ao passado, não está vinculado a decisões erradas. Porém, encontra-se moralmente obrigado a seguir os precedentes que se revelem coerentes, na medida em que eles sinalizam uma história em movimento. Dessa forma, o juiz Hércules torna-se um membro de um empreendimento coletivo, sendo responsável por adicionar um novo capítulo a essa história. Assim, a partir de uma abertura hermêutica com os sujeitos do processo e com a história da sociedade, o desafio do juiz Hércules “é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado”, isto é, “construir a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição”. E, neste contexto, quando Ronald Dworkin se refere a uma única resposta correta ou à melhor decisão judicial, almeja eliminar o espaço de discricionariedade valorizando um espaço

³²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p 275-279.

³²⁶ RAMIRES, Maurício. op. cit., 2010. p. 105.

³²⁷ NUNES, Dierle; LADEIRA, Aline Hadad. op. cit., 2014. p. 77-99.

³²⁸ DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. op. cit., p. 38-43, jun.2015.

hermenêutico e argumentativo ³²⁹. Sob certa perspectiva, “a teoria da integridade do Direito possui como elemento central a ideia de comunidade de princípios”^{330 331}.

2.3.2.3 Uniformidade da jurisprudência

Pela circunstância de uma norma jurídica poder gerar variadas interpretações, deve existir uma preocupação do Judiciário em fixar a unidade do direito ou a uniformidade da interpretação.^{332 333}

Assim, não se afastando dos valores da coerência e integridade, a jurisprudência deve ser objeto de uniformização, pois não há como conceber ou manter um sistema de estabilidade de jurisprudência quando coexistem decisões distintas aplicadas para fatos semelhantes e contemporâneos entre si. É imprescindível uniformizar a interpretação dos precedentes para casos futuros, tendo em vista a dinâmica social e jurídica³³⁴.

Esse dever de uniformização parte do princípio de que é inaceitável que o mesmo juiz decida distintamente casos iguais³³⁵, não podendo também os tribunais serem omissos diante

³²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. op. cit., 2016. p. 74-77. O autores ainda acrescentam: “... a noção que parece tão clara aos positivistas de que o magistrado tem discricionariedade para decidir os casos difíceis é uma incoerência, quando contraposta ao ideal democrático. Para combater o quadro positivista, Dworkin parte de dois raciocínios paralelos (mas que se complementam ao final): (1) de que não pode existir discricionariedade, e para fazer tal afirmação ele necessariamente deverá afirmar que todo aquele responsável por uma decisão jurídica (seja o legislador, seja o magistrado, seja um administrador público) deve se comprometer moralmente para com a sociedade em não poupar esforços para buscar a melhor decisão para aquela situação (isso significa afirmar que, ao invés de haver múltiplas possibilidades de decisão, ainda que entre elas haja racionalidade – construção com alguma coerência – há, apenas “uma única decisão correta” para aquele caso em especial); e (2) de que além das regras jurídicas, o Ordenamento Jurídico deve apresentar outras espécies de normas, capazes de impedir por completo a existência de uma lacuna e, assim, conseguir definir naquele caso sub judice a existência de um direito para alguma das partes envolvidas. (...)” (Ibid., 2016. p. 71-72).

³³⁰ FRANCO, Marcelo Veiga. op. cit., 2016. p. 521-535.

³³¹ Sobre essa resposta única, Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier (op. cit., 216. p. 170) explicam: “A ideia de que só há uma solução para cada caso concreto, como já se mencionou, tem vários sentidos, que dependem, em parte, do contexto em que seja inserida e compreendida. (...) Dizer-se que para certo e determinado caso só há uma decisão correta é, também a ideia que está por trás da necessidade de que os precedentes sejam seguidos, principalmente nas hipóteses em que o juiz tenha exercido função visivelmente criativa”.

³³² ALMEIDA, Caroline Sampaio de. op. cit., p. 343-384, ago.2012.

³³³ “Os objetivos da aplicação do princípio da vinculação à lei, inerente, como se disse, ao Estado de Direito, são os de gerar uma jurisprudência iterativa e uniforme e certa margem de previsibilidade, o que gera segurança. Porém, esses objetivos são atingidos com a vinculação à lei, vista sob esse enfoque, que abrange também a doutrina e a jurisprudência”. (DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 121).

³³⁴ SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. op. cit., 2014. p. 707-734.

³³⁵ Ibid., 2014. p. 707-734.

de divergências entre os seus próprios órgãos fracionários³³⁶, na esteira do enunciado n. 316 do Fórum de Processualistas Civis³³⁷ 338. Não se contesta que “soluções judiciais heterogêneas para direitos individuais homogêneos agridem o senso comum até mesmo na expressão vernacular, que encerra uma contradição em termos”³³⁹.

Essa uniformização não deve ser buscada apenas para afastar divergências internas, mas também para coibir incongruências no sistema como um todo. Neste âmbito, embora seja comum divergências entre juízes de primeiro grau, situação mais grave é a insegurança que advém dos tribunais.

Aliás, é importante anotar que a uniformidade de julgamento não afronta a autonomia dos juízes. Na verdade, “a independência funcional dos juízes não pode escamotear o fato de que eles integram um sistema e não deve furtar-lhes a visão de que, como peças desse sistema, não têm autonomia para decidirem como bem quiserem”. Isto significa que a prestação jurisdicional “não pode contrariar a lógica do sistema, em desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional”³⁴⁰.

Ora, a independência do juiz em relação a interferências ilícitas não se confunde com o seu dever de seguir a Constituição, as leis e as decisões dos Tribunais Superiores, com vistas a garantir a unidade de interpretação do direito ou a preservação do sistema constitucional de distribuição de justiça³⁴¹. Sob outro prisma, significa que o princípio do livre convencimento não pode ser sobrevalorizado a ponto de proporcionar distintas decisões judiciais para casos similares³⁴².

³³⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 474.

³³⁷ “A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”.

³³⁸ No mesmo sentido: a) Enunciado n. 453 Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes”; b) Enunciado n. 454 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”, e c) Enunciado n. 455 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”.

³³⁹ DANTAS, Bruno. op. cit., 2015. p. 50-51.

³⁴⁰ MELLO, Alessandra Lopes Santana de. op. cit., p. 65-91, out/dez.2011.

³⁴¹ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência – a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. **Revista de Processo**, v. 231, p. 349-363, mai.2014.

³⁴² CAMBI, Eduardo. op. cit., p. 311-330, out.2015.

Teresa Arruda Alvim Wambier adverte que se trata de um paradoxo a coexistência de várias interpretações de uma mesma lei, como se houvesse várias leis disciplinando a mesma questão, haja vista que o sistema *civil law* foi concebido “por um ato racional, destinado a conter abusos, moldados para gerar segurança, previsibilidade e respeitar a igualdade”³⁴³. O princípio da legalidade, inclusive, defende que, com a aplicação de apenas uma interpretação, correta, “não haja uma lei para cada caso, o que quebraria [...] a noção de segurança jurídica”³⁴⁴.

Luiz Guilherme Marinoni³⁴⁵ tece severas críticas no mesmo sentido:

Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isso, pouco deve importar se o juiz tem posição pessoal acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição de tribunal superior, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional.

Outrossim, ainda que a uniformização da jurisprudência possa eventualmente inibir a alteração constante de decisões judiciais, trata-se de fenômeno distinto da estabilização da jurisprudência. O art. 926 do novo Código de Processo Civil, inclusive, sinaliza para a necessidade de, primeiramente, uniformizar a jurisprudência, para, após, mantê-la estável.

De fato, uma jurisprudência uniformizada não é suficiente para proporcionar a segurança e confiança necessárias se puder a todo instante ser alterada ao puro alvedrio dos julgados. Então, é correto o novo Código de Processo Civil valorizar a uniformização da jurisprudência para dissipar divergências e, posteriormente, estabilizá-la.³⁴⁶

2.3.2.4 Estabilidade da jurisprudência

³⁴³ WAMBIER, Teresa Aruda Alvim. op. cit., p. 53-62, out.2009.

³⁴⁴ DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. op. cit., p. 38-43, jun.2015.

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 57, n. 380, p. 45-50, jun.2009.

³⁴⁶ THEODORO NETO, Humberto Theodoro. op. cit., 2015. p. 665-684.

A estabilidade das decisões judiciais mantém próxima relação com a força dos precedentes, ou, no caso do Brasil, como é preponderante, com a força da jurisprudência. Essa força dos precedentes ou da jurisprudência se refere não apenas ao grau de sua eficácia de vinculação ou persuasão, mas, ainda, quanto à utilização de técnicas de preservação de seus efeitos em situações de modificação de entendimento.

O precedente ou a jurisprudência é um fato visualizado em qualquer lugar onde houver decisão jurisdicional. O que é objeto de variação é o tratamento jurídico ou o grau de eficácia do precedente ou da jurisprudência reconhecido pelo direito de cada país, sendo mais desenvolvido a teoria dos precedentes nos países que seguem o *common law*^{347 348}.

Todavia, mesmo nos países que adotam o *civil law*, onde os precedentes ou a jurisprudência, em regra ou no mais das vezes, não possuem força vinculativa, a estabilização da jurisprudência constitui objetivo imprescindível para garantir a legitimidade da prestação jurisdicional. O que se procura defender é que, mesmo nos países cuja organização jurídica se alicerça preponderantemente em códigos ou leis escritas, compete às decisões judiciais aplicar o direito a situações concretas. Isto é, a jurisprudência acaba por assumir uma função de aperfeiçoamento do direito, na medida em que qualifica e completa a norma legal. Na prática, o sistema jurídico dos países do *civil law* são as leis como aplicadas reiteradamente pelo Judiciário³⁴⁹.

O grau de vinculação ou persuasão reconhecido aos precedentes ou à jurisprudência em um ordenamento jurídico repercute na amplitude de poder do juiz em afastar ou superar a aplicabilidade da regra geral diante de determinadas circunstâncias.

Contudo, isso não significa que países que adotam uma rigorosa teoria de precedente ou valorizam uma jurisprudência íntegra nunca podem modificar o entendimento³⁵⁰. Pelo contrário, é certo que o direito não é imutável, devendo acompanhar as mudanças da sociedade^{351 352}, seja em relação a aspectos políticos, econômicos, sociais³⁵³ ou culturais³⁵⁴,

³⁴⁷ LOURENÇO, Haroldo. op. cit., p. 241-269, jul/set.2012.

³⁴⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 453.

³⁴⁹ LIAÑO, Miguel Pasquiau. op. cit., p. 79-90, nov/dez.2013.

³⁵⁰ Está-se encarando o precedente como ponto de chegada com a criação de padrões decisórios. No entanto, na tradição do *common law* o precedente apresenta-se com um princípio, o ponto de partida. Ao contrário do que se possa supor, a regra do *stare decisis*, núcleo da padronização decisória nos sistemas de *common law*, é um comando flexível. Não existe obediência cega a decisões passadas. (NUNES, Dierle; LADEIRA, Aline Hadad. op. cit., 2014. p. 77-99).

³⁵¹ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. op. cit., p. 343-384, ago.2012.

pois não se pode dar vestes de absoluto a nenhum princípio, por mais relevante que seja³⁵⁵. Assim, também deve haver modificações quando constatado que o precedente ou a jurisprudência incidiu em erro³⁵⁶. Ravi Peixoto³⁵⁷ prefere se reporter a “erro evidente”, para que não se confunda com a simples “evolução na interpretação do tema”.

Aliás, a possibilidade de modificação de interpretação é inerente a qualquer sistema de precedentes, sendo que a estabilidade jurisprudencial não proíbe a alteração de posicionamento; inibe, sim, a alteração injustificada³⁵⁸. Com efeito, a “estabilidade não significa petrificação ou fechamento argumentativo”, mas, sim, “a persecução da necessária estabilidade enquanto não se apresentam novos fundamentos hábeis à mudança decisória”³⁵⁹.

No que concerne, tem-se o que se denomina de ônus argumentativo para superação de precedentes. Significa dizer, a exigência de uma maior argumentação para alteração de entendimento³⁶⁰. Também se utiliza a terminologia inércia argumentativa ao descrever a necessidade de uma forte carga argumentativa para afastar ou superar um precedente e uma carga argumentativa significativamente mais fraca para justificar a aplicação de um precedente³⁶¹.

O novo Código de Processo Civil consagra dispositivos expressos nesse sentido. É o caso do §4º, do art. 927, que estabelece que a modificação de jurisprudência pacificada, além de súmula e de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, “observará a necessidade de fundamentação adequada e específica [...]”. Também se destaca o art. 489, §1º, VI, que proclama não fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

³⁵² CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. op. cit., p. 204-249, mar/abr.2010

³⁵³ TUCCI, Rogério Cruz e. op. cit., 2016. p. 445-457.

³⁵⁴ ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. op. cit., p. 81-102, set.2013.

³⁵⁵ COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança a decisão de overruling: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 391-416.

³⁵⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 226.

³⁵⁷ PEIXOTO, Ravi Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 537-565.

³⁵⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 495.

³⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. op. cit., 2016. p. 373-374.

³⁶⁰ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 201.

³⁶¹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 377-401, mar.2014.

Ao não seguir um precedente ou jurisprudência, sobre o magistrado recai um ônus maior de argumentação exatamente porque não se dá continuidade à interpretação jurídica³⁶². Essa exigência de uma argumentação qualificada para a hipótese de descon sideração de um precedente ou jurisprudência encontra fundamento em princípios constitucionais, tal como o da motivação, revelando-se significativamente importante, na medida em que, em tese, contribui para uma maior uniformidade, previsibilidade e estabilidade dos julgados³⁶³.

Por sua vez, a economia argumentativa que advém da aplicação do precedente ou da jurisprudência se baseia na circunstância de o juiz poder aproveitar o raciocínio jurídico consagrado anteriormente, elidindo a obrigação de produzir toda uma nova argumentação, como na situação de matéria inédita.³⁶⁴

Desse cenário, extrai-se padrões de conduta argumentativa. Vale dizer, quando for possível citar um precedente a favor ou contra uma decisão, essa providência deve ser adotada. E quem pretende se apartar de um precedente, assume o ônus argumentativo de evidenciar a superação do precedente, o seu erro ou a sua não aplicação ao caso específico.³⁶⁵

Por derradeiro, imprescindível registrar que a estabilidade da jurisprudência concretiza valiosos princípios constitucionais, especialmente o da legalidade, da isonomia, da segurança jurídica e o da celeridade processual.

O princípio da legalidade possui função essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito, na medida em que se destina a coibir o arbítrio do Poder Público. A Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil recorda que “se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos”, ele, “por outro lado, [...] acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito”. Nesse diapasão, considerando que a interpretação da lei pelo Judiciário, em última instância, é que determina o alcance da eficácia da regra jurídica, a estabilidade dessa interpretação e a

³⁶² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os precedentes no Brasil: fundamentação de decisões em outras decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 349-382, dez.2013.

³⁶³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. op. cit., p. 377-401, mar.2014.

³⁶⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. op. cit., 2014. p. 371.

³⁶⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. op. cit., 2015. p. 357.

sua não sujeição à falibilidade e subjetivismo de cada juiz, faz cumprir ou efetiva o princípio da legalidade.³⁶⁶

Outrossim, cabe lembrar que a igualdade perante a jurisdição, que engloba a igualdade “no” processo, que se traduz fundamentalmente na paridade de armas dos litigantes, especialmente no direito ao contraditório, e a igualdade “ao” processo, representado essencialmente pela igualdade ao acesso à jurisdição, somente tem sentido quando correlacionadas com a decisão jurisdicional³⁶⁷.

Assim, por exemplo, a isonomia proclama que “suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem ensejar a aplicação do mesmo fundamento jurídico e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos”³⁶⁸. Em termos mais diretos, quer se dizer “resposta igual do Judiciário em face da mesma situação fática, tratando do mesmo modo quem está na mesma posição jurídica”³⁶⁹.

A estabilidade da jurisprudência concretiza justamente essa igualdade de tratamento, estirpando a inconsistência da jurisprudência que produz decisões distintas e, por vezes, contraditórias, para jurisdicionados titulares de relações jurídicas semelhantes ou iguais.

Aliás, a obtenção de decisões uniformes constitui uma das vertentes do princípio da inafastabilidade da jurisdição, na medida em que este preceito “compreende não só o direito de apresentar demandas perante os órgãos do Judiciário, mas, sim, o alcance da ordem jurídica justa”, especialmente que “cumpra o seu desiderato social, político e jurídico”, ou seja de pacificar a sociedade.³⁷⁰

No *common law* existe a máxima que proclama que casos iguais devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*)³⁷¹. Mas, mesmo em sistemas que, *a priori*, não admitem a força cogente dos precedentes, o preceito da igualdade impõe uma prática de observância da jurisprudência como uma maneira de tratar os jurisdicionados igualmente³⁷².

³⁶⁶ THEODORO NETO, Humberto Theodoro. op. cit., 2015. p. 665-684.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012. p. 577-597.

³⁶⁸ DANTAS, Bruno. op. cit., 2015. p. 49.

³⁶⁹ DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. op. cit., p. 38-43, jun.2015.

³⁷⁰ BASTOS, Antonio Adonias A. op. cit., p. 295-316, jan.2014.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012. p. 577-597.

³⁷² MACÊDO, Lucas Buriel de. op. cit., 2015. p. 157.

Quanto à confiança legítima constitui um subprincípio da segurança jurídica e se baseia na premissa de que o precedente com força normativa e, em muitos casos, vinculante, pode servir de fundamento para a conduta dos jurisdicionados.³⁷³

Posto isso, a previsibilidade de respostas jurisdicionais possibilita uma calculabilidade das consequências dos atos praticados, atribuindo confiabilidade à interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, propiciando até mesmo estabilização social e econômica³⁷⁴. De outro modo, “o comportamento contraditório é a conduta que viola o sentido objetivo da base da confiança”³⁷⁵. Ou seja, na prática, a superação de jurisprudência reiterada pode causar surpresa ilegítima a todos que nela pautaram suas condutas³⁷⁶.

Dessa maneira, a alteração da jurisprudência pode eventualmente ser revestida de ilicitude, haja vista que, por vezes, pode frustrar a confiança legítima do jurisdicionado, violando nuclearmente uma previsibilidade alicerçada em uma situação de confiança digna de tutela.³⁷⁷

Por fim, a estabilidade da jurisprudência constitui ainda valioso elemento para a celeridade processual, uma vez que, como exposto alhures, sinaliza para a exigência de um menor ônus argumentativo na elaboração das decisões judiciais, racionalizando a atuação jurisdicional. No dizer de Toni M. Fine³⁷⁸:

Quando um Tribunal decide uma questão com base em regras e princípios articulados em casos anteriores, esse Tribunal está na verdade preservando uma reserva preciosa e escassa. Em vez de ter que reconsiderar cada questão como que se a mesma nunca tivesse sido considerada antes, o Juiz poderia usar sua energia para se concentrar em questões de direito de maior magnitude e importância, sobre as quais pairam controvérsias mais agudas.

O princípio da celeridade também é prestigiado com a estabilidade da jurisprudência, na medida em que influencia a atuação menos beligerante das partes. Esse desestímulo à litigância é observado quando a previsibilidade das decisões judiciais, obtida a partir de sua estabilização jurisprudencial, desencoraja o ajuizamento de ações, restringe a interposição de

³⁷³ COSTA, Marília Siqueira da. op. cit., 2014. p. 391-416.

³⁷⁴ BASTOS, Antonio Adonias A. op. cit., p. 295-316, Jan.2014.

³⁷⁵ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 139.

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 906, p. 258-284, abr.2011.

³⁷⁷ COSTA, Marília Siqueira da. op. cit., 2014. p. 391-416.

³⁷⁸ FINE, Toni M. op. cit., p. 90-96, dez.2000.

recursos infundados ou contrários à tese reiterada e favorece a realização de acordos e a aceitação dos julgamentos com o seu cumprimento voluntário^{379 380 381 382}.

2.4 A estabilidade jurisprudencial no direito comparado

Apresentadas as considerações iniciais, não se pode perder de vista o estudo do direito comparado, valiosa fonte de análise da matéria.

2.4.1 A estabilidade jurisprudencial nos países que adotam o *common law*: estudos dos casos da Inglaterra e dos Estados Unidos

De início, afigura-se imprescindível firmar que o ponto nuclear ou aspecto caracterizador do direito inglês e norte-americano, tal como de outros países que seguem o *common law*, é a doutrina do *stare decisis*, que os distingue tradicionalmente do *civil law*.³⁸³

O *stare decisis*, que é a abreviatura da expressão “*stare decisis et non quieta movere*” (“mantenha-se a decisão e não altere o que está quieto”)³⁸⁴, representa o respeito às decisões judiciais precedentes que resolveram litígios semelhantes³⁸⁵. E “a utilização de uma teoria do *stare decisis* ganha importância na medida em que as decisões anteriores pertencem a um corpo histórico de fundamentação (*reasoning*) que devem servir de inspiração para futuras reflexões”.³⁸⁶

³⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2013. p. 179-185.

³⁸⁰ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. op. cit., 2016. p. 637-662.

³⁸¹ “A valorização da jurisprudência, no sentido lato, gera: (i) a possibilidade de se criarem instrumentos que levam à aceleração do procedimento; (ii) mais credibilidade em relação ao Poder Judiciário; (iii) progressiva diminuição da carga de trabalho do Judiciário, já que a desuniformização da jurisprudência e a possibilidade, que existe sempre, de que haja uma ‘virada’ estimula não só o ato de recorrer, como também a própria propositura de novas ações”. (DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., 2016. p. 518).

³⁸² Na situação contrária, Luiz Guilherme Marinoni (op. cit., p. 47-70, maio/jun.2013) adverte: “Porém, quanto aos advogados – que tem a grave missão de orientar os cidadãos acerca dos seus direitos -, não resta alternativa a não ser informar o seu cliente de que, no que diz respeito ao seu problema, o Judiciário já decidiu e tem decidido de várias formas, fica a parte com a viva impressão de que deve propor a demanda, ‘arriscando’ obter uma decisão favorável. Afinal, se um juiz ou uma Câmara ou Turma podem lhe dar ganho de causa, vale a pena arcar com os custos e com a demora do processo”.

³⁸³ CADORE, Márcia Regina Lusa. op. cit., 2007. p. 65.

³⁸⁴ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. op. cit., p. 343-384, ago.2012.

³⁸⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 199.

³⁸⁶ Ibid., 2014. p. 242.

Embora seja, repita-se, um elemento característico do direito inglês e norte-americano, o *stare decisis* não se confunde com o *common law*, pois representa apenas um elemento moderno do *common law*, posto que o *common law* já existia sem o *stare decisis*, sendo a eficácia vinculante relativamente recente.³⁸⁷

A demanda de certeza e de segurança jurídica somente se estabeleceu na Inglaterra após a primeira metade do século XIX, sob a influência da doutrina legalista francesa, quando a regra do precedente (*rule of precedent*), de fato, passou a impor aos juízes o dever de respeitar os precedentes judiciais, como correlato lógico de um sistema de direito baseado na jurisprudência³⁸⁸.

Assim, na Inglaterra, a *doctrine of binding precedent* foi primeiramente reconhecida em 1861, no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*³⁸⁹, ratificada sua aplicação no caso *Bradford v Pickles* de 1895, e definitivamente reconhecida por ocasião do exame do caso *London Tramways Company v. London County* em 1898, quando a Câmara dos Lordes decidiu que não poderia contrariar decisão anteriormente proferida por ela mesma em caso idêntico (efeito auto-vinculante)³⁹⁰, e sinalizou para a eficácia externa da interpretação a todos os tribunais hierarquicamente inferiores a ela³⁹¹.

Um importante aspecto prático que permitiu a consolidação de uma teoria de respeito aos precedentes foi a catalogação e divulgação das decisões vinculativas através dos *Law Reports*, uma vez que, anteriormente, era extremamente difícil a operacionalização de um sistema de obediência a julgados, quando ausente divulgação do conteúdo dessas decisões aos magistrados³⁹²⁻³⁹³. Até mesmo é correto dizer que a existência de um sistema de divulgação e publicação das decisões, juntamente com uma organização hierarquizada do Judiciário, constituem pressupostos para a instituição de um modelo de *stare decisis*³⁹⁴.

De outro lado, é de se salientar que a doutrina do *stare decisis* não é uma sistemática expressamente consagrada nas Constituições ou em leis inglesas e norte-americanas, mas uma

³⁸⁷ LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 234, p. 275-301, ago.2014.

³⁸⁸ DAVID, René. op. cit., 2014. p. 428.

³⁸⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 131.

³⁹⁰ LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. op. cit., p. 275-301, ago.2014.

³⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2014. p. 161.

³⁹² NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 131.

³⁹³ MACÊDO, Lucas Buriel de. op. cit., 2015. p. 64-65.

³⁹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. op. cit., 2015. p. 331-332.

exigência que advém dos próprios tribunais para proteger o sistema judicial contra instabilidades e injustiças³⁹⁵. Em outras palavras, inexistente norma escrita determinando a vinculação aos precedentes no direito inglês e norte-americano. A fonte da obrigatoriedade do precedente é o próprio precedente³⁹⁶.

Apresentadas essas considerações sobre a doutrina do *stare decisis*, que alicerça a estabilidade do entendimento jurisprudencial no *common law*, necessário trazer a lume alguns outros apontamentos específicos sobre a segurança jurídica na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Quanto à organização judiciária inglesa, cumpre destacar que, desde 30 de julho de 2005, com o *Constitutional Reform Act*, o seu ápice é ocupado pela *Supreme Court of the United Kingdom* (Suprema Corte para o Reino Unido), órgão independente do Parlamento, composto por doze membros e que julga em última instância causas cíveis oriundas de todo o Reino Unido e questões criminais da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. Antigamente, essa posição era exercida pela *House of Lords* (Câmara dos Lordes).³⁹⁷

Abaixo da Suprema Corte se posiciona a *Court of Appeal* (Corte de Apelação), com trinta e sete membros. Já a primeira instância é formada com a *High Court of Justice* e, para causas menores, as *County Courts*, *Family Proceedings Court* e os *Tribunals*.³⁹⁸

Neste cenário hierárquico, a maior parte das demandas são resolvidas pelos órgãos judiciários de primeira instância³⁹⁹ e, somente quando existe “uma importante questão de princípio ou prática” ou outra “razão convincente”, a causa é apreciada pela Corte de Apelação e pela Suprema Corte em recurso⁴⁰⁰. Neste diapasão, a atividade principal da Corte de Apelação e da Suprema Corte não é solucionar casos concretos, mas, sim, manifestar-se em processos nos quais são debatidas questões de princípios ou quando a decisão recorrida se revela pouco persuasiva a ponto de motivar a sua retificação⁴⁰¹.

O número reduzido de causas apreciadas pelos órgãos superiores do Judiciário inglês contrapõe-se, inclusive, aos sistemas jurídicos onde são produzidos um número incontável

³⁹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 228.

³⁹⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 129.

³⁹⁷ Ibid., 2014. p. 123-127.

³⁹⁸ Ibid., 2014. p. 127-128.

³⁹⁹ CADORE, Márcia Regina Lusa. op. cit., 2007. p. 63.

⁴⁰⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 127-128.

⁴⁰¹ CADORE, Márcia Regina Lusa. op. cit., 2007. p. 64.

de decisões judiciais e, por isso, marcados por frequentes contradições e mudanças de orientação jurisprudencial.⁴⁰²

Em linhas gerais, as decisões tomadas pelo órgão de cúpula, isto é, a Câmara dos Lordes antigamente ou a Suprema Corte atualmente, consubstanciam-se precedentes obrigatórios, vinculantes a todos os tribunais. Por sua vez, as decisões proferidas pela Corte de Apelação são obrigatórias a todos os tribunais hierarquicamente inferiores e, com exceção da temática criminal, à própria Corte de Apelação. E, por derradeiro, as decisões da *High Court of Justice* são obrigatórias às jurisdições inferiores.⁴⁰³

A regra do direito jurisprudencial inglês “é dotada de uma notável estabilidade”⁴⁰⁴, sendo os juízes ingleses obrigados, por vezes, a seguir o precedente ainda que eventualmente tenham razões robustas para não fazê-lo⁴⁰⁵.

Aliás, com essa rigidez nem mesmo se admitia a superação dos precedentes^{406 407}. Somente em 1966, por intermédio do *Practice Statement*, uma resolução, a Câmara dos Lordes, à época órgão de cúpula do sistema jurídico inglês, reconheceu a possibilidade de rever os seus julgamentos, aplicando a técnica do *overruling*⁴⁰⁸ (superação do precedente). Hoje, a vinculação extrema não persiste em nenhum ordenamento jurídico contemporâneo⁴⁰⁹. Mas, apesar do *Practice Statement*, a Inglaterra pouco revisa os seus precedentes⁴¹⁰, existindo relato de superação de precedentes, no período de 1966 a 1991, ter sido realizada inequivocadamente em apenas oito oportunidades⁴¹¹.

Na verdade, as próprias razões invocadas para a adoção do *stare decisis* justificam a manutenção da interpretação jurisprudencial, importa dizer, “a segurança jurídica requer estabilidade da *ratio decidendi* para que os jurisdicionados possam prever o resultado de suas ações e a isonomia requer que casos iguais sejam decididos da mesma forma”. Neste contexto, “a superação quebra essa lógica, já que um precedente estabelecido atua justamente

⁴⁰² TARUFFO, Michele. op. cit. p. 139-155, set.2011.

⁴⁰³ DAVID, René. op. cit., 2014. p. 429.

⁴⁰⁴ CADORE, Márcia Regina Lusa. op. cit., 2007. p. 64.

⁴⁰⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 3 apud NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 134.

⁴⁰⁶ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 202.

⁴⁰⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 121-174, jun.2009.

⁴⁰⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2014. p. 158-159.

⁴⁰⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. op. cit., 2015. p. 340.

⁴¹⁰ CADORE, Márcia Regina Lusa. op. cit., 2007. p. 65-66.

⁴¹¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 69 apud PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 202.

na promoção da segurança jurídica, aumentando o grau de previsibilidade dos jurisdicionados”⁴¹².

Contudo, a preocupação inglesa com a estabilidade jurisprudencial, observada a partir da vinculação dos precedentes, com reduzido número de superações, não se repete no caso dos efeitos temporais reconhecidos nessas raras superações de precedentes, eis que, “no *common law*, as decisões são geralmente retroativas, no sentido que a norma estabelecida no precedente é aplicada às situações que ocorreram antes mesmo da sua prolação, mas ainda sujeitas à decisão judicial”. Desse modo, na Inglaterra, é pouco utilizada a técnica do *prospective overruling* (superação prospectiva). Na verdade, “a prática não é adotada institucionalmente no direito inglês”⁴¹³.

Quanto ao direito norte-americano, cumpre inicialmente ressaltar que tentou utilizar o modelo do sistema processual e da organização judiciária inglesa⁴¹⁴. No entanto, o *stare decisis* do *common law* norte-americano difere do *common law* inglês⁴¹⁵.

Os Estados Unidos adotam o federalismo com autonomia dos Estados-Membros. Cada Estado-Membro possui uma organização judiciária distinta, inclusive com uma Suprema Corte^{416 417}. Paralelamente, a justiça federal é composta pela *District Courts* e, em segundo grau de jurisdição, pelas Cortes Federais de Apelação⁴¹⁸. E, no ápice do sistema jurídico, tem-se Suprema Corte, apta a examinar recursos oriundos das Cortes Federais de Apelação e das Supremas Cortes estaduais relativos a direito federal⁴¹⁹.

A discussão sobre os precedentes nos Estados Unidos é mais recente⁴²⁰, sendo ainda menos rígida a regra do *binding precedent*. Tanto a Suprema Corte quanto os tribunais superiores nos Estados-Membros superam os seus precedentes quando avaliam equivocados ou ultrapassados⁴²¹. Aliás, nos Estados Unidos a vinculação dos precedentes nunca foi

⁴¹² PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 203.

⁴¹³ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 417 e 419.

⁴¹⁴ CADORE, Márcia Regina Lusa. op. cit., 2007. p. 71.

⁴¹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. op. cit., 2015. p. 331.

⁴¹⁶ ASCENÇÃO, J. Oliveira. op. cit., p. 351, out.2010.

⁴¹⁷ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 169.

⁴¹⁸ CADORE, Márcia Regina Lusa. op. cit., 2007. p. 71-72.

⁴¹⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 174.

⁴²⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., 2014. p. 204.

⁴²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., 2014. p. 158-167.

absoluta. A Suprema Corte sempre defendeu o seu poder de revisar as suas próprias decisões⁴²².

Não obstante, ainda que a Suprema Corte não se encontre vinculada a seus próprios precedentes, os seus julgados obrigam a todos os juízes e tribunais, estaduais e federais. A seu turno, os juízes estaduais devem seguir os precedentes dos tribunais estaduais e, os juízes federais, os precedentes dos tribunais federais.⁴²³

Em relação à modulação dos efeitos na hipótese de superação de precedentes (*prospective overruling*), há um maior desenvolvimento do instituto no direito norte-americano⁴²⁴. Aponta-se, inclusive, que a mitigação da eficácia retroativa dos precedentes teria iniciado nos Estados Unidos, com o julgamento, na década de 1960, do caso *Linkletter V. Walker*. Todavia, atualmente, prepondera nos Estados Unidos a regra da retroatividade na superação de precedentes, sob fundamento da competência legislativa e, não, judiciária, para a fixação dessa eficácia temporal⁴²⁵. Entende-se que, como a revogação do precedente representa a admissão de que a tese nele contida estava equivocada ou se tornou incongruente com os valores ou com o direito, a decisão deve retroagir para atingir os casos anteriores⁴²⁶.

2.4.2 A estabilidade jurisprudencial nos países que adotam o *civil law*: estudo do caso do Brasil

Inicialmente, válido repisar que no *civil law* o grau de força do precedente é provavelmente menor em comparação com aquele do precedente de *common law*, mas nada obsta que existam precedentes respeitáveis e persuasivos.⁴²⁷

Rememora-se que os precedentes têm diferentes funções no *common law* e no *civil law*, não se afigurando regra as decisões judiciais vincularem os órgãos jurisdicionais no *civil law*, tal como ocorre com a lei⁴²⁸. Por isso também no *civil law* o precedente isoladamente não é tão valorizado, sendo atribuído maior valor ao precedente reiteradamente reproduzido,

⁴²² CADORE, Márcia Regina Lusa. op. cit., 2007. p. 74.

⁴²³ Ibid., 2007. p. 75-76.

⁴²⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. op. cit., 2014. p. 281-282.

⁴²⁵ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 202.

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 5-30, set/out.2011.

⁴²⁷ TARUFFO, Michele. op. cit., p. 139-155, set.2011.

⁴²⁸ DANTAS, Bruno. op. cit., p. 61-73, abr/jun.2011.

vale dizer, a jurisprudência. “É essa a constância e repetição homogênea e quantitativa do precedente e da sua opção interpretativa que dá uniformidade e estabilidade à regra que dali se extrai”⁴²⁹.

O que se procura expor é que, enquanto na doutrina do *stare decisis*, seguida tradicionalmente pelos países do *common law*, de uma única decisão judicial pode eventualmente se extrair uma norma geral aplicável a casos futuros semelhantes, no *civil law* uma força persuasiva significativa é reconhecida, no mais das vezes, somente a partir da reiteração de decisões judiciais no mesmo sentido.⁴³⁰

Portanto, nos sistemas jurídicos filiados ao *civil law* uma estabilidade de julgamento, ainda que geralmente apenas relativa, é usualmente alcançada apenas quando um entendimento é adotado por uma quantidade significativa de julgados em um certo lapso temporal, podendo, ou não, ocasionar a produção de um enunciado sumular, de acordo com o sistema jurídico.

No Brasil, especificamente, essa espécie de “evolução” (precedente - jurisprudência - súmula) é observada. Embora noções distintas, precedente, jurisprudência e súmula são ligados. Ou seja, “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”.⁴³¹

O novo Código de Processo Civil após trazer a determinação, em seu art. 926, de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, consagra logo no §1º do dispositivo que “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.

Inclusive, afirma-se que se verifica no Brasil “uma tendência de enrijecimento dos precedentes por meio da súmula vinculante e impeditiva de recursos”, enquanto os ingleses e norte-americanos sinalizam para uma mitigação da eficácia normativa dos precedentes.^{432 433}

⁴²⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 488.

⁴³⁰ LOURENÇO, Haroldo. p. cit., p. 241-269, jul/set.2012.

⁴³¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 487.

⁴³² DANTAS, Bruno. op. cit., p. 61-73, abr/jun.2011.

⁴³³ No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. op. cit., 2016. p. 393-394.

Destarte, apesar de possuírem fundamentos, requisitos de criação e métodos de aplicação distintos, o precedente judicial do *common law* e a súmula de jurisprudência ostentam a semelhança de se tratarem de institutos com eficácia obrigatória ou persuasiva oriunda da atuação do Judiciário.⁴³⁴

Não obstante, no *civil law*, excepcionalmente, um único precedente pode não apenas conter força persuasiva, mas até vinculativa⁴³⁵, lembrando-se, por exemplo, no Brasil, o recepcionamento do sistema difuso de constitucionalidade norte-americano⁴³⁶.

Importante também salientar que o novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 927, inova ao estabelecer um rol de precedentes, jurisprudência e enunciados de súmulas obrigatórios⁴³⁷, como, por exemplo, o já citado precedente oriundo de controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, e os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.⁴³⁸

⁴³⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015, p. 114.

⁴³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 33-45, mar.2010.

⁴³⁶ SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. op. cit., 2014. p. 707-734.

⁴³⁷ Oportuno trazer à conhecimento a crítica construída por Ravi Peixoto (op. cit., 2016. p. 537-565): “A segurança jurídica exige essa interpretação, sob pena de deixar vários textos normativos sem uma Corte capaz de editar precedentes obrigatórios e por um longo período de tempo sobre a sua mais adequada compreensão. A exigência de integridade, estabilidade e coerência dos precedentes inserida no art. 926 impõe que, em certos casos, haja ampliação do rol constante do art. 927 de forma a ser possível uma unificação do entendimento de todos os tribunais pátrios. (...) Tais características fazem referência a um todo e, havendo posicionamento de um tribunal superior adequado para uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, os demais órgãos jurisdicionais devem adotar tal posicionamento. Do contrário, seria ignorar a função de Cortes de precedentes de tais tribunais, valorizada pelo CPC/2015. (...). Assim, no caso de interpretação do direito infraconstitucional, caso não exista decisão do órgão especial deve ser observada a existência de precedente advindo da respectiva seção, e, posteriormente, das turmas. A mesma lógica deve ser adotada em relação ao STF, assim, caso não haja decisão do plenário, as decisões das turmas serão vinculantes. Além disso, é possível, destacar o fato de que cada uma das seções do STJ possui competências específicas. Enquanto a Primeira Seção é especializada em matérias de Direito Público, a Segunda Seção em Direito Privado e a Terceira Seção, em matérias de Direito Penal. Pela natureza da competência de cada uma das seções, diversos posicionamentos sequer chegarão ao órgão especial do STJ, por exemplo, em matéria de direito penal. Isso faz com que o posicionamento do órgão hierarquicamente mais elevado do tribunal sobre tema seja o da referida seção. Tal aspecto torna ainda mais evidente que se considere o precedente das sessões como obrigatórios, do contrário, diversos temas não terão aptidão para gerar precedentes obrigatórios, exceto se forem transformados em súmulas. Há ainda mais um argumento para reforçar a aptidão dos precedentes advindos das turmas ou sessões para vincular. De acordo com o art. 927, do CPC/2015, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos advindos de tribunais locais possuem efeito vinculante. Não seria coerente que precedentes de tribunais locais tivessem aptidão para vinculação, enquanto aqueles advindo de turmas e sessões dos tribunais de cúpula, com função uniformizadora nacional fossem meros posicionamento persuasivos”.

⁴³⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 461-462.

E ainda que persista relativa dúvida sobre a extensão de significado do *caput* do art. 927 do novo Código de Processo Civil, quando se refere que os juízes e os tribunais “observarão”, prepondera-se o entendimento de que os casos listados em seus incisos são vinculantes e não apenas persuasivos⁴³⁹ ⁴⁴⁰ aos órgãos jurisdicionais a ele submetidos, na esteira da interpretação constante do enunciado n. 170, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (“As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”).

Contudo, essa aproximação do sistema jurídico brasileiro de uma teoria de força normativa de precedentes, tradicionalmente adotado no *common law*, demanda o abandono de algumas crenças, especialmente aquelas relacionadas à ideia de que no sistema *civil law* a lei seria suficiente para garantir certeza e segurança jurídicas⁴⁴¹. Mas não se pode ignorar, de outro lado, que os procedimentos e institutos do sistema *common law*, construídos e consolidados a partir do cotidiano da prática judiciária e, não, de uma doutrina ou ciência do direito, podem ser de difícil recepção no *civil law* brasileiro se não adaptados ou adequados à realidade da prática judiciária nacional⁴⁴².

Por outro lado, apesar de a estabilidade jurisprudencial ser muito maior nos Estados Unidos e na Inglaterra⁴⁴³, no Brasil, ao contrário desses países, há previsão expressa, ao menos com o novo Código de Processo Civil, admitindo a modulação de efeitos na superação de precedente. No caso, o §3º, do art. 927, fixa que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. Contudo, o dispositivo não indica ou descreve a regra da eficácia temporal nessa superação de precedente, restando à doutrina e jurisprudência o seu desenvolvimento⁴⁴⁴.

Com efeito, considerando que a jurisprudência dos tribunais superiores é fundamental para a coerência da ordem jurídica, quando ela é revogada pode prejudicar a justa expectativa dos jurisdicionados e a estabilidade das relações jurídicas, razão pela qual é imprescindível, na lógica jurídica fundamentada na autoridade dos precedentes, observar os efeitos da decisão

⁴³⁹ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 166.

⁴⁴⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. op. cit., 2016. p. 936.

⁴⁴¹ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. op. cit., p. 343-384, ago.2012.

⁴⁴² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. op. cit., p. 349-382, dez.2013.

⁴⁴³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 502-503.

⁴⁴⁴ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 284.

revogadora⁴⁴⁵. Ou seja, quanto maior a perspectiva da estabilidade da jurisprudência a partir de uma teoria de precedentes normativos, teoricamente maior a influência do entendimento judicial na conduta dos jurisdicionados e, portanto, a necessidade de proteção da confiança legítima na alteração de entendimento dos tribunais, inclusive com a utilização de técnicas como da *prospective overruling* (superação prospectiva).

Aliás, no Brasil, mesmo anteriormente ao termo inicial de vigência do novo Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização da técnica da modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade, a partir da aplicação por analogia do art. 27, da Lei n. 9.898/99, e na situação de modificação jurisprudencial, a partir da incidência de princípios constitucionais.⁴⁴⁶

2.5 A função nomofilática do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores

Considerando que um modelo de precedente ou de obediência à jurisprudência traz racionalidade ao sistema a partir da regra da universalização, inibindo a imprevisibilidade ou a insegurança jurídica na atuação judicial, admite-se a importância da função interpretativa do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.^{447 448 449}

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 258-284, abr.2011.

⁴⁴⁶ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 279.

⁴⁴⁷ Conforme Leonardo Freitas de Moraes e Castro (op. cit., p. 204-249, mar/abr.2010): “No que diz respeito ao papel dos Tribunais Superiores, o princípio da segurança jurídica assume grande importância, pois cabe a eles a função uniformizadora da jurisprudência”.

⁴⁴⁸ Luiz Guilherme Marinoni (op. cit., p. 47-70, maio/jun.2013) refere-se a duas funções, uma pública e, a outra, privada: “O STJ, como decorrência da própria missão que lhe é imposta pela CF, realiza funções privada e pública: tutela o interesse da parte que se vale do recurso especial e, a partir deste, exerce nítida função pública ligada à garantia da uniformidade da interpretação da lei. Contudo, não se espera do STJ uma função pública de natureza corretiva e reativa, incapaz de concretizar o que se espera de uma Corte Suprema em um Estado Constitucional, particularmente a tutela da igualdade, da coerência do direito e da segurança jurídica. É completamente ilógico supor que basta ao STJ corrigir as decisões dos tribunais ordinários. A correção, se constitui consequência imediata da decisão da Suprema Corte, pouco vale se não pode se firmar de modo a se projetar para o futuro, constituindo norte que deve guiar a sociedade e as decisões dos casos que estão por vir.”

⁴⁴⁹ Nelson Jobim (op. cit., p. 63-83, out/dez.2011) salienta que “a concentração de poderes nos tribunais superiores para a uniformização da interpretação das normas é fundamental para que o País se desenvolva. Isso porque esses tribunais não devem fazer justiça às partes. Questões relativas à prova, se ela favorece “A” ou “B” é uma coisa. Agora, no que tange à premissa maior, que é a norma, deve-se ter segurança de que se acontecer “A” deve ocorrer “B”, pois ao acontecer “A” houver somente a possibilidade de ocorrer “B”, aquele que tiver interesse em criar um processo de desenvolvimento, não irá investir no país — esse é o cerne da relação entre Direito e Economia”.

Em outras palavras, tem-se por legítima a defesa de que os tribunais de cúpula devem ser pensados especialmente como cortes de interpretação⁴⁵⁰ e, não, como cortes de controle⁴⁵¹. Significa dizer que o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores devem assegurar que as questões “tenham uniformidade em todo o país”, Tais cortes “não tem a função de examinar se a decisão é justa, no sentido da individualidade, mas de dar, cada qual no seu âmbito de competência, uniformidade no processo interpretativo”⁴⁵². Para Luiz Guilherme Marinoni⁴⁵³:

Não há dúvida de que o requisito de maior significado, quando se pensa na função das Cortes Supremas contemporâneas, é o da “importância fundamental da questão de direito”. A questão de direito não pode ser qualquer uma exatamente porque a decisão da Corte deve ter impacto sobre a evolução da ordem jurídica, e não apenas efeitos sobre os litigantes. A Corte, ao decidir questão de direito de fundamental importância, confere-lhe contornos e projeta-os para o futuro mediante a força dos precedentes, que vão orientar a solução dos casos conflituos que ainda estão para eclodir.

Aliás, o reconhecimento da função nomofilática de alguns tribunais constitui, ao lado de outras, espécie de técnica para a aplicação de uma teoria de precedente ou de jurisprudência íntegra. José Maria Salgado⁴⁵⁴ recorda, por exemplo, que a instauração legal da obrigatoriedade de seguir a decisão judicial ou precedente e a incidência do princípio constitucional da igualdade na prestação jurisdicional também se prestam a mesma finalidade. Não por acaso que Nagibe de Melo Jorge Neto⁴⁵⁵ atesta que “não se atinge a imparcialidade sem igualdade de tratamento na aplicação da Lei” e que “uma das funções mais importantes das Cortes Superiores e do Supremo Tribunal Federal é uniformizar a jurisprudência, ou seja,

⁴⁵⁰ Para Bruno Dnatas e Teresa Arruda Alvim Wambier (op. cit., 2016. p. 134) “... alteração de compreensão do direito decorrente de fatores pessoais é extremamente criticável e nociva, ainda mais porque normalmente ocorre em tribunais superiores, cuja função (e razão de ser) é justamente a de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário”.

⁴⁵¹ Leonardo Grison (op. cit., p. 195-211, mar.2010) explica a razão do nosso país adotar, tradicionalmente, um modelo de tribunais superiores de controle: “Nosso sistema recursal é um reflexo direto de nossas heranças históricas. Nele permanece intocado o medo em relação aos juízes, herdado da Revolução Francesa. O medo de que ele (o juiz singular) possa dar uma decisão inesperada (e que, portanto, fere a segurança jurídica) é reprimido submetendo-se a sua decisão a instâncias superiores, sempre aptas a reformá-la. A unidade do Direito, que os franceses buscaram através de um código unificador, e os alemães da escola histórica através de uma dogmática jurídica sólida e, como o nome já sugere, dogmática, que se consegue basicamente através de autores que são em verdade comentadores, no nosso sistema se alia a um terceiro elemento: a centralização das decisões. O sistema recursal faz com que a decisão sempre seja dada pelas instâncias superiores.”

⁴⁵² JOBIM, Nelson. op. cit., p. 63-83, out/dez.2011.

⁴⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 47-70, maio/jun.2013.

⁴⁵⁴ SALGADO, José María. Precedentes y control de constitucionalidad em Argentina. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 119-146.

⁴⁵⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. op. cit., 2016. p. 114.

uniformizar as interpretações diferentes que são dadas à Constituição da República e às Leis do país”.⁴⁵⁶

Anota-se, inclusive, que esse reconhecimento da função nomofilática de alguns tribunais não é fenômeno recente. Na verdade, alterações na legislação processual nacional que homenageiam esse posicionamento ocorrem desde a década de 90. Válido recordar que as reformas ao Código de Processo Civil de 1973 podem ser identificadas ou classificadas em algumas ondas ou tendências que objetivaram maior efetividade da prestação jurisdicional. Assim, como bem destaca Fábio Lima Quintas⁴⁵⁷, além das fases das tutelas provisórias, do sincretismo processual e da ampliação dos meios executivos, implementou-se a reformulação do sistema recursal, fortalecendo justamente a suscitada função uniformizadora dos tribunais superiores.

Porém, alerta-se que apenas aos órgãos de cúpula (STF, STJ, TST, STM e TSE) compete a fixação de um entendimento uniformizador sobre a Constituição da República e sobre a legislação federal, cada um com a sua esfera de competência”^{458 459 460}. “O objetivo

⁴⁵⁶ “A Constituição não quer o caos, ela quer segurança. Não faz sentido exigir-se norma constitucional expressa autorizando atribuição de eficácia vinculante aos precedentes, como vem fazer o novo Código de Processo Civil, notadamente àqueles oriundos dos tribunais de superposição. Basta interpretarmos o que já existe na Constituição, observando a finalidade dos tribunais de cúpula, analisando, mais, o princípio da legalidade em conjunto com a garantia de tratamento isonômico aos litigantes (casos iguais, decisões iguais)”. (MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 87-98).

⁴⁵⁷ QUINTAS, Fábio Lima. Para que um novo código de processo civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional. **Revista de Processo**, v. 256, p. 295-316, jun.2016.

⁴⁵⁸ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 346.

⁴⁵⁹ Para Misabel Abreu Machado Derzi (Modificações da jurisprudência do Direito Tributário. São Paulo: Noeses, 2009. p. 498 e ss apud MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 5-30, set/out.2011): “Tratando-se de revogação de precedente, a razão de ser dos efeitos prospectivos está na confiança justificada e na tutela da previsibilidade. Porém, não são apenas os precedentes do Supremo Tribunal Federal que geram confiança justificada, mas também os do Superior Tribunal de Justiça (e dos outros Tribunais Superiores), especialmente quando sublinhadas as suas funções de unificar a interpretação da lei e das unidades ao direito federal”.

⁴⁶⁰ “O art. 926, CPC, fala em “tribunais” indistintamente, sem atentar que existe uma divisão de trabalho bastante clara entre as Cortes de Justiça e as Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, refere que a função desses tribunais seria a de “uniformizar”. No entanto, a fim de bem trabalhar com um sistema de precedentes, é preciso distinguir no seio da organização judiciária cortes voltadas à justiça do caso concreto (as chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais federais e Tribunais de Justiça), cuja função é controlar a interpretação dos fatos da causa, da prova produzida e do direito aplicado ao caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência, das cortes voltadas à unidade do direito (as chamadas Cortes Supremas - Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), cuja função é interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país. Se é certo que as Cortes Supremas têm o dever de dar unidade ao direito mediante os seus precedentes e de torna-los pendoros de segurança em nossa rodem jurídica, certamente não se passa exatamente o mesmo com as Cortes de Justiça. É claro que é desejável que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais seja uniforme e segura (tanto é assim que se preveem incidentes voltados à obtenção de segurança, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência), assim como é

dos Tribunais Superiores não é apenas o de uniformizar a jurisprudência, senão o de outorgar unidade ao Direito”^{461 462}.

Não se refere aqui somente à exigência de uma coerência interna da jurisprudência desses tribunais, mas, sobretudo, à exigência de compatibilização vertical das decisões judiciais, com o objetivo de racionalizar a atividade judiciária, possibilitando, inclusive, o bloqueio do seguimento de recursos em confronto com orientação do Supremo Tribunal Federal e tribunais superiores⁴⁶³. Segundo Eduardo Cambi⁴⁶⁴:

O sucesso do sistema de precedentes no Brasil deve ocorrer de cima para baixo, a partir da vinculação das Cortes Superiores aos seus próprios precedentes. Não se pode admitir mudanças repentinas, injustificadas, casuísticas ou mesmo arbitrarias dessas Cortes. Paralelamente a isso, é preciso repensar a função dos recursos especial e extraordinário, para que as Cortes Superiores, no Brasil, deixem de julgar milhares de processos por ano, para poderem se dedicar à função precípua de fixação de precedentes judiciais e, portanto, de governo da orientação jurídica a ser seguida pelo Judiciário brasileiro.

Neste plano, o novo Código de Processo Civil, com base na Constituição da República, reconhece ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais superiores a atribuição de uniformizar a jurisprudência, fornecendo subsídio para um sistema jurisdicional estável e íntegro, isto é, orientando a conformação de uma unidade jurídica⁴⁶⁵. Do contrário, a versão

evidente que essas Cortes têm – a partir da existência de precedentes sobre o caso que devem julgar – o dever de aplica-los sem quebra da igualdade. No entanto, a função dessas cortes está ligada justamente à explicação dos possíveis significados dos textos jurídicos a partir do controle da justiça do caso concreto (a interpretação do direito é apenas um meio para chegar-se ao fim controle da justiça do caso)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2016. p. 987)

⁴⁶¹ COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIERO, Daniel (org). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 15-65.

⁴⁶² No mesmo sentido: “Os Tribunais Superiores, na fixação dos precedentes obrigatórios, devem se preocupar com o sentido e a unidade do Direito, para orientar a sociedade e para a promoção da igualdade. Os precedentes não estão voltados a declarar a vontade da lei ou da Constituição, pois se assim fossem seriam meramente retrospectivos. Sua função é orientar os jurisdicionados, regular a vida social e servirem de critérios para as decisões judiciais futuras. Logo, os Tribunais Superiores não se destinam apenas a estabelecer a correta interpretação da lei ou da Constituição, mas definir a norma que se deve extrair da legislação e, com isso, colaborar para o desenvolvimento do Direito em uma tarefa coordenada entre Judiciário e Legislativo, acrescentando conteúdo à ordem jurídica a agregando substância ao texto constitucional ou infraconstitucional”. (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. op. cit., 2016. p. 335-360).

⁴⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20.

⁴⁶⁴ CAMBI, Eduardo. op. cit., p. 311-330, out.2015.

⁴⁶⁵ “... vale destacar que alguns juristas brasileiros, ao assumirem uma postura crítica em face do dever de observância dos precedentes (previsto nos arts. 926 e 927 do Novo CPC), alegam a necessidade prévia de Emenda Constitucional, o que não teria sido observado, maldizendo os dispositivos e taxando-os de inconstitucionais. Contudo, nos parece que tal argumento confunde a lógica de aplicação de precedentes: mais uma vez, a pitoresca expediência brasileira com a figura da súmula vinculante. A previsão de que

final do texto do novo Código de Processo Civil não teria explicitamente admitida a possibilidade da aplicação da técnica de modulação de efeitos no caso de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e de tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos.

É preciso salientar que a autorização para modulação de efeitos contida no §3º, do art. 927, do novo Código de Processo Civil, decorre justamente da expectativa dos jurisdicionados de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores constitui a lei interpretada e universalizada.⁴⁶⁶

Vê-se, assim, que a estabilidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores constitui, em regra, pressuposto para o efetivo exercício da função nomofilática e para a aplicação da técnica da modulação temporal de efeitos do §3º, do art. 927, do novo Código de Processo Civil.

Não é por outra razão que, na Exposição de Motivos apresentada pela Comissão de Juristas, restou consignado que a manutenção da estabilidade da jurisprudência é necessária “para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário”.

À essa função “de assegurar a exata observância e a uniforme interpretação da lei” se dá o nome de “nomofilia”.⁴⁶⁷

Aliás, a função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça foi lembrada por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 928302⁴⁶⁸, no voto-vista do Excelentíssimo Ministro Teori Zavascki, para quem “a existência de interpretações

determinadas decisões do STF e Tribunais Superiores servirão de precedentes para os demais tribunais está em consonância com o papel que a Constituição atribuiu a esses tribunais: não apenas o de serem cortes de recurso, mas também de promoverem a uniformização de entendimento acerca da Constituição (STF) e das leis federais (STJ e outros)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. op. cit., 2016. p. 392)

⁴⁶⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni (op. cit., p. 5-30, set/out.2011): “A proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais constitui dever dos Tribunais Superiores, pelo que a limitação dos efeitos das decisões que revogam precedentes ou jurisprudência consolidada não está sequer à discrição do Superior Tribunal de Justiça. Esse Tribunal, para dar cumprimento a sua missão constitucional de dar unidade ao direito federal, tem o dever de utilizar a técnica da limitação dos efeitos retroativos, como todo tribunal que, ao decidir, fixa normas que orientam a conduta dos jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade para trabalhar e viver”.

⁴⁶⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. op. cit., 2015. p. 355-356.

⁴⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 928302. Rel. Min. José Delgado. Julgamento 23/04/2008. DJE de 19/05/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 2jul.2016.

divergentes da norma federal, antes de inibir a intervenção do STJ, deve, na verdade, ser o móvel propulsor para o exercício do seu papel de uniformização”.

Ainda mais enfático foi o julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 228432⁴⁶⁹:

PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA.

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.

Já no Supremo Tribunal Federal, o Excelentíssimo Ministro Teori Zavascki, por meio de voto-vista no julgamento da Reclamação n. 4335⁴⁷⁰, revisitou o tema ao lembrar que uma das principais finalidades do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é a uniformização da jurisprudência, além da função nomofilática, que é destinada a “aclarar e integrar o sistema normativa, propiciando-lhe uma aplicação uniforme [...] e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva ultra partes de seus precedentes”.

⁴⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 228432. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Corte Especial. Julgamento 01/02/2002. DJ 18/03/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4335. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 20/03/2014. DJe 22/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

3 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS

O estudo da modulação temporal de efeitos no direito brasileiro é reservado especialmente para três situações jurídicas, vale dizer, na declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e na alteração da jurisprudência.

Não se olvidando o objetivo deste estudo, convém trazer, primeiramente, algumas anotações da modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e da modulação temporal de efeitos na alteração de jurisprudência, haja vista as semelhanças e particularidades desses procedimentos.

Após, cumpre se debruçar sobre o específico fenômeno da modulação de temporal de efeitos na modificação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e a sua finalidade de tutelar a confiança legítima.

3.1 A modulação temporal de efeitos na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso

Considerando as características da modulação temporal de efeitos na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, convém o seu estudo nesta pesquisa.

3.1.1 Os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso

Como cediço, o controle da constitucionalidade pressupõe a rigidez constitucional e se lastreia, fundamentalmente, no princípio da supremacia da Constituição, que materializa o pacto fundacional, pelo qual a Constituição se coloca no ápice do ordenamento jurídico, dando-lhe unidade política e coerência sistemática.⁴⁷¹

Sobre esse controle de constitucionalidade, deve-se recordar que, ao lado do modelo político, adotado pela França, essencialmente prévio e que não permite o Judiciário intervir nos demais Poderes do Estado, existe o modelo jurisdicional⁴⁷².

A seu turno, esse modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade pode ser classificado, conforme o número de órgãos habilitados para exercer esse poder de controle, em concentrado ou em difuso. O primeiro, quando exercido por apenas um órgão e, o segundo, quando a capacidade de fiscalização é reconhecida a diversos órgãos. Também pode ser classificado, considerando o objetivo do controle, em abstrato ou concreto. Enquanto aquele se traduz no controle direcionado à tutela da ordem jurídica objetiva, o último se destina a solucionar questão de direito relativa a uma lide subjetiva ou a um conflito de interesses concretos.⁴⁷³

O sistema de controle jurisdicional concentrado surgiu na Constituição da Áustria de 1920, idealizado por Hans Kelsen, configurando-se o sistema predominante na Europa Continental. Por considerar que a declaração de inconstitucionalidade reflete um ato, sobretudo, político, esse sistema defende que a fiscalização da constitucionalidade seja

⁴⁷¹ GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da Lei 9.868/1999. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 73, p. 216-223, out/dez.2010.

⁴⁷² MEDINA, Llewellyn Davies A. A supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade das normas jurídicas. **Revista dos Tribunais**, v. 663, p. 65-68, jan.1991.

⁴⁷³ TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. **Revista dos Tribunais**, v. 819, p. 45-64, jan.2004.

exercida por somente um tribunal, especialmente concebido para tal finalidade e composto por jurisconsultos.⁴⁷⁴

Por outro lado, o sistema de controle jurisdicional difuso, adotado pelos Estados Unidos⁴⁷⁵ (*judicial review*), justifica o poder outorgado a diversos órgãos com o argumento de que, o julgador, para alcançar uma solução em uma lide, precisa, muitas vezes, analisar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. A este julgador se reconhece o poder-dever de verificar se uma dada lei é válida no tempo.⁴⁷⁶

Aliás, por não se limitar por um rol reduzido de legitimados ativos, como é próprio no sistema de controle concentrado, aponta-se como um dos fundamentos do sistema de controle difuso o princípio democrático⁴⁷⁷. Eduardo Apio até mesmo afirma que o controle difuso se traduz em um “imperativo do sistema republicano”, na medida em que “somente o controle difuso permite um amplo debate constitucional”⁴⁷⁸.

De outro lado, importante anotar que o Brasil, sob a influência do direito norte-americano e de personalidades como Rui Barbosa, inaugurou, por ocasião da conhecida Constituição Provisória de 1890, posteriormente incorporado na Constituição de 1891, o sistema de controle difuso de constitucionalidade⁴⁷⁹. Apenas em 1965, com a Emenda Constitucional n. 16, foi incorporado o sistema concentrado de constitucionalidade, momento em que passaram a conviver os dois modelos “mediante uma conjugação entre difuso-concreto, de uma parte, e abstrato-concentrado, de outra”⁴⁸⁰.

Destarte, pode-se afirmar que, atualmente, no país, vigora um modelo misto de controle de constitucionalidade⁴⁸¹, composto por um sistema difuso-concreto, cujos efeitos do

⁴⁷⁴ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 5, p. 71-86, mai.2011.

⁴⁷⁵ MEDINA, Llewellyn Davies A. op. cit., p. 65-68, jan.1991

⁴⁷⁶ APIO, Eduardo. **Controle concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 77.

⁴⁷⁷ GARCIA, Maria. op. cit., p. 216-223, out/dez.2010.

⁴⁷⁸ APIO, Eduardo. op. cit., 2005. p. 82.

⁴⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., São Paulo, 2015. p. 1077.

⁴⁸⁰ TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 45-64, jan.2004.

⁴⁸¹ PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. A modulação dos efeitos no controle difuso-incidental de constitucionalidade. **Revista Jusnavegandi**, Teresina, ano 14, n. 2142, 13 de maio de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12831>>. Acesso em: 30nov.2015.

controle são, em regra, *inter partes* (atinge apenas as partes do processo), e por um sistema abstrato-concentrado, cujos efeitos do controle são, em regra, *erga omnes*⁴⁸².

Neste plano, formulou-se a teoria da nulidade, que proclama que a lei ou ato normativo inconstitucional não é apto a produzir efeitos. Por essa teoria se “equipara a norma inconstitucional à nulidade”⁴⁸³.

A doutrina norte-americana ressalta, inclusive, que a expressão “lei inconstitucional” apresenta uma contradição terminológica, na medida em que um estatuto inconstitucional não é lei para todos⁴⁸⁴.

Para a teoria da nulidade, desenvolvida pelo sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, a norma inconstitucional é nula *ab initio*. Desse modo, considerando que a Constituição se traduz como texto ápice do ordenamento jurídico, essa teoria defende que qualquer lei editada de modo a violar os seus termos, desde o nascimento, é nula, uma vez que jamais deveria ter sido elaborada e nunca ingressou na ordem jurídica. Assim, a declaração de inconstitucionalidade possui eficácia *ex tunc* e, não, *ex nunc*⁴⁸⁵. Em outras palavras, a lei ou ato inconstitucional, inválido, é inteiramente nulo no plano da eficácia. Ou seja, “em regra o nulo não produz efeitos e, portanto, a decisão judicial que constata o vício deve declarar sua nulidade com efeito temporal retroativo”⁴⁸⁶.

Segundo entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n 652⁴⁸⁷:

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de

⁴⁸² SILVA, Valéria Maria de Araújo. Novas tendências no controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do STF. **Revista LTR: legislação do trabalho**, v. 75, p. 1192-1200, out.2011.

⁴⁸³ GALVÃO, Mariana Cristina Xavier. Controle de constitucionalidade: a relativização da tese da nulidade dos atos inconstitucionais. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (coord). **Direito Público**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012. p. 322-332.

⁴⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; JOBIM, Nelson. A reforma do Judiciário – O Supremo Tribunal na revisão constitucional de 1994. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 4, p. 987-1012, maio.2011.

⁴⁸⁵ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. **Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife: TRF 5ª Região, n. 12, p. 155-178, mar.2007.

⁴⁸⁶ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 215.

⁴⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 652. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento 02/04/92, DJ 02/04/93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de “menor” grau de positividade jurídica guardem, “necessariamente”, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos.

Jorge Miranda afirma existirem dois motivos essenciais para a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. O primeiro, pelo fato de a Constituição representar a base da força intrínseca da lei, ela deve prevalecer incondicionalmente desde o momento da contradição e, não, do instante em que essa desconformidade é declarada. O segundo, pela circunstância da eficácia futura acarretar tratamento distinto, submetendo alguns ao comando da Constituição e, outros, à norma juridicamente inválida.⁴⁸⁸

Carlos Wagner Dias Ferreira salienta um aspecto prático que pode justificar a consolidação da teoria da nulidade da lei ou ato inconstitucional. Significa dizer, como no controle difuso se busca o deslinde de caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade muitas vezes só adquire relevância se possuir efeitos retroativos. Não se ignora que no controle difuso o que se almeja, de fato, não é a pura declaração de inconstitucionalidade, mas os efeitos concretos que essa declaração pode proporcionar na solução da lide. Desse modo, no mais das vezes, de nada adianta o pronunciamento de inconstitucionalidade se os efeitos não retroagirem à data da instituição da lei ou do ato normativo. E, assim, conseqüentemente, muitas vezes a parte pode não se sentir motivada a ingressar judicialmente com a demanda se presente a perspectiva de o juiz reconhecer apenas efeitos futuros a uma declaração de inconstitucionalidade.⁴⁸⁹

Divergindo da teoria da nulidade de matriz norte-americana, Hans Kelsen formulou a teoria da anulabilidade da lei ou ato inconstitucional, para quem “o controle de constitucionalidade não seria uma atividade eminentemente jurisdicional, mas sim constitucional, um ato negativo de legislação”⁴⁹⁰. Essa impossibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade alcançar fatos pretéritos foi consagrada pela Constituição austríaca de

⁴⁸⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, T.II, n. 140. p. 489 apud VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 186.

⁴⁸⁹ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. op. cit., p. 155-178, mar.2007.

⁴⁹⁰ GALVÃO, Mariana Cristina Xavier. op. cit., 2012. p. 322-332.

1920, que previu que a decisão de inconstitucionalidade de uma norma somente seria válida após a sua publicação, salvo se a Corte Constitucional fixasse prazo diverso⁴⁹¹.

Identificada essa divergência entre as teorias norte-americana e austríaca, importante ressaltar que, no Brasil, embora a Constituição não defina expressamente os efeitos do julgamento que reconhece uma inconstitucionalidade, entende-se como princípio constitucional implícito a nulidade (e, não, anulabilidade) da lei ou ato normativo inconstitucional.⁴⁹²

Registre-se, aliás, que a concepção de nulidade do reconhecimento da inconstitucionalidade ganhou prestígio no país a partir da incorporação do sistema norte-americano de controle difuso de constitucionalidade pela Constituição Republicana de 1891.⁴⁹³

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já definiu que, em regra, aplica-se a teoria da nulidade. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 353508⁴⁹⁴, por exemplo, destacou que a declaração de inconstitucionalidade “reveste-se, ordinariamente, de eficácia 'ex tunc' (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”. Não divergindo, o Ministro Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento da Reclamação n. 3242⁴⁹⁵, ressaltou que a jurisprudência “sempre se encaminhou no sentido de consagrar que '[a] lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, *nula ipso jure e ex tunc*”.

Um aspecto que ratifica esse entendimento é o fato de a Constituição referir-se em seu art. 102, III, "b", à "declarar a inconstitucionalidade". A respeito, não é demasiado lembrar que os efeitos da decisão se atrelam à natureza do provimento jurisdicional. Isto é, o processo declaratório objetiva a declaração da existência ou inexistência de um estado ou relação

⁴⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; JOBIM, Nelson. op. cit., p. 987-1012, maio.2011.

⁴⁹² MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 178.

⁴⁹³ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. op. cit., p. 155-178, mar.2007.

⁴⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 353508. Rel. Min. Celso de Mello. 2. Turma. Julgamento 15/05/2007. DJe 29/06/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁴⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 3242. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento 15/06/2005. DJ 24/06/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

jurídica que a precede, ao passo que o processo desconstitutivo visa modificar, a partir do provimento jurisdicional, um estado ou relação jurídica. Nesta senda, considerando declaratório o provimento no controle de constitucionalidade, a lei ou ato normativo atacado é nulo desde o seu nascimento.⁴⁹⁶

José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁹⁷ esclarece que existe efeito declarativo "quando a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo". Para ele, o regime e efeito típico do controle difuso de constitucionalidade.

Em suma, em regra, no Brasil se adota a teoria da nulidade da lei ou ato inconstitucional e, por isso, outorga-se, ordinariamente, efeitos retroativos absolutos à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

3.1.2 A possibilidade de se outorgar efeitos *ex tunc* limitados, *ex nunc* ou *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso

Como exposto, a tradição brasileira no controle difuso, inspirada pelo direito norte-americano, defende a concessão de efeitos retroativos absolutos à declaração de inconstitucionalidade⁴⁹⁸.

Entretanto, a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede que se reconheça a possibilidade, em certas hipóteses, da utilização de uma "declaração de inconstitucionalidade alternativa", especialmente em um modelo de controle de constitucionalidade que demanda, além da tradicional decisão de natureza cassatória com eficácia retroativa, decisões com conteúdo que não ensejam a eliminação imediata da lei ou ato normativo inconstitucional.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. op. cit., 2003. p. 178.

⁴⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., 2003. p. 903.

⁴⁹⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. op. cit., 2012. p. 214.

⁴⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 391.

Alessandra Aparecida Calvoso Gomes Pignatari⁵⁰⁰ alerta que a declaração de nulidade da norma com efeitos *ex tunc* muitas vezes pode ser "insuficiente ou inadequada para superar algumas situações geradas pela inconstitucionalidade". Lembra, a propósito, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2240, que examinou a compatibilidade da Lei Estadual Bahiana n. 7.619/2000, que criou o Município de Luis Eduardo de Magalhães, em face do art. 18, §4º, da Constituição Federal. Na oportunidade desse julgamento, recorda que o Supremo Tribunal Federal avaliou que nulificar inúmeros atos jurídicos praticados desde a criação do Município, como, por exemplo, eleições, assentos de nascimentos e recebimento de verbas do Fundo dos Municípios, ocasionaria situação ainda mais gravosa ao interesse público. Por essa razão, decidiu fixar o termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para dois anos após o seu trânsito em julgado.

Outro exemplo emblemático é o julgado no Recurso Extraordinário n. 147776⁵⁰¹, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime. Porém, a Corte, na oportunidade, consignou a impossibilidade de se outorgar efeitos imediatos (e, portanto, também de efeitos *ex tunc*) para a declaração de inconstitucionalidade, considerando um aspecto de realidade, ou seja, a ausência, até então, da organização, de direito e de fato, da Defensoria Pública, para que pudesse implementar a viabilidade da transferência constitucional da suscitada atribuição do Ministério Público para a Defensoria Pública. O acórdão destaca que a jurisdição constitucional ortodoxa, alicerçada na eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, "faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo", e arremata advertindo que "a possibilidade de realização da norma da Constituição [...] subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem".

Gilmar Ferreira Mendes⁵⁰² também ilustra uma situação na qual os efeitos *ex tunc* não se afiguram apropriados, vale dizer, o caso de omissão parcial. Para melhor compreensão da situação, ele traz o exemplo hipotético de um processo de controle abstrato de uma lei que fixa o salário mínimo em desacordo com o previsto no art. 7, IV, da Constituição, isto é, em

⁵⁰⁰ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade**. Coleção Andrea Porto Pisani. Coordenação Ada Pelegrini Grinover; Petronio Calmon, v. 11, Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 306.

⁵⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 147776. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1. Turma. Julgamento 19/05/98. DJ 19/05/98. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁵⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., 2011. p. 403.

patamar que não atende às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família. Nesta situação de inconstitucionalidade por omissão parcial, a simples aplicação da teoria da nulidade, com a cassação da lei que fixa o valor do salário mínimo, acentuaria o estado de inconstitucionalidade.

De fato, conceder invariavelmente eficácia *ex tunc* absoluta (sem nenhuma atenuação) à declaração de inconstitucionalidade, reconhecendo a invalidade da lei desde o seu nascimento e sem eficácia de todos os atos práticos sob a égide da lei invalidada, pode, por vezes, promover “verdadeiro caos, uma comoção social”, na medida em que tal medida atinge inúmeras relações jurídicas aperfeiçoadas ou consumadas em um contexto de boa-fé⁵⁰³.

Não se ignora que, eventualmente, enquanto não considerada inconstitucional, a lei pode, “na prática, produzir efeitos, às vezes por anos, no mundo fenomênico, gerando no espírito dos indivíduos e da própria sociedade a presunção de validade que servem de premissas para a prática de atos e negócios”^{504, 505}.

Aliás, o dimensionamento de efeitos temporais na declaração de inconstitucionalidade, em muitos casos, garante até mesmo a maior “operacionalidade” ao controle, uma vez que a rigidez da eficácia retroativa absoluta pode induzir o julgador, em hipóteses de conflito de preceitos constitucionais, simplesmente a se abster de declarar a inconstitucionalidade (ainda que ele possa entender o contrário), para afastar possíveis consequências odiosas da

⁵⁰³ VELOSO, Zeno. op. cit., 2003. p. 191-192.

⁵⁰⁴ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. op. cit., p. 155-178, mar.2007.

⁵⁰⁵ Erick Wilson Pereira (op. cit., 2010. p. 192-193) explica: “O efeito modulador passou à frente do dogma da nulidade da lei inconstitucional pertencente à velha tradição do direito brasileiro. Isto sucede porque a teoria da nulidade vem alicerçada na doutrina americana *The unconstitutional stature is not law at all*. Ou seja, norma declarada inconstitucional é norma que nunca existiu e nem gerou efeitos. Como ficam, então, aquelas situações consolidadas no tempo e no espaço? Equiparar inconstitucionalidade com nulidade não responderia a pergunta. O sistema ficaria incoerente e por isto implodiria. A favor da tese de que é possível consignar *The unconstitutional stature is not law at all* advogam aquelas assertivas de que o reconhecimento de algum efeito produzido pela norma inconstitucional representaria a suspensão da própria Constituição. Esta teoria da nulidade tem sido defendida, inclusive, quanto à inaplicabilidade da técnica de modulação dos efeitos quando o diploma legislativo questionado for anterior a 1988 e não tiver sido recepcionado pelo ordem constitucional em vigor. Entretanto, a modulação dos efeitos por declaração do Supremo Tribunal Federal pode ser aplicada em qualquer âmbito normativo, inclusive, quando não integrante do ordenamento constitucional vigente pelo fato de que fundamentalmente o interesse público e social prevalece para o futuro. Jellinek traz o exemplo da declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma norma eleitoral, tempos depois da posse dos novos eleitos em um determinado Estado. Como se resolveria esta situação consolidada? Na hipótese de opção pela teoria *The unconstitutional stature is not law at all* com a declaração de inconstitucionalidade da norma sem permissão de qualquer efeito, significaria na prática reconhecer a possibilidade de um Estado acéfalo? Desde modo, torna-se mais razoável e proporcional a aceitação do efeito modular através de uma estratificação de ponderações constitucionais e estabilização de conflitos entre princípios constitucionais que faça prevalecer as ideias de certeza, de previsibilidade e de segurança jurídica em favor de um determinado interesse social e coletivo.”

retroatividade dos efeitos da decisão⁵⁰⁶. Em outras palavras, trata-se de uma “calibração”, na qual se “abre mão do rigor teórico (nulidade ou anulabilidade) para não comprometer a unidade e a estabilidade do sistema jurídico e social”, o que autoriza os Tribunais decidirem acerca da inconstitucionalidade “sem se sentir ‘pressionados’ pelos inconvenientes do efeito retroativo quando se trata de situações consolidadas”⁵⁰⁷.

Percebe-se, outrossim, que o entendimento no sentido da possibilidade de se outorgar efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* em controle de constitucionalidade em determinadas situações não é uma exclusividade da doutrina nacional. Pelo contrário, no próprio direito norte-americano, no qual a teoria da nulidade se consolidou, também se admite o estabelecimento de limites à declaração de inconstitucionalidade. Identifica-se, assim, após a Grande Depressão que a jurisprudência norte-americana evoluiu no sentido de acolher, paralelamente à decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos, a superação com efeitos prospectivos, que podem atingir os processos iniciados após a decisão, incluindo ou não o processo originário. Dessa forma, até o sistema de controle difuso mais tradicional do mundo admite a possibilidade da mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.⁵⁰⁸

O mesmo se diz da experiência portuguesa, que no art. 282, “4”, de sua Constituição, prevê que “quando a segurança jurídica, razão de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que os previstos nos n. 1 e 2”. Os itens “1” e “2” trazem a aplicação de efeitos retroativos.^{509 510}

Doutro pórto, a flexibilização também da teoria da anulabilidade confirma essa necessidade de temperamentos na aplicação das teorias sobre efeitos do controle de constitucionalidade. Inclusive, Roger Stiefelmann Leal⁵¹¹, após ressaltar que o próprio Hans

⁵⁰⁶ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. op. cit., 2014. p. 314.

⁵⁰⁷ LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan/mar.2009.

⁵⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 769.

⁵⁰⁹ SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196.

⁵¹⁰ PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. op. cit., maio.2009

⁵¹¹ LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 57, p. 493-514, maio.2011.

Kelsen⁵¹² já admitiu a possibilidade de retroatividade dos efeitos para proporcionar certa organização ao procedimento de controle de constitucionalidade, pondera que o que se verifica, na prática, entre as teorias da nulidade e da anulabilidade, é uma “diferença sutil, de preponderância, de ênfase”. Para tanto, esclarece que “o modelo norte-americano admite, em certos casos, a adoção de eficácia *ex nunc*, ao passo que o modelo europeu, na forma desenvolvida por Kelsen, também comporta situações em que deve prevalecer a eficácia *ex tunc*”. Para Luiz Guilherme Marinoni:

Parte-se de premissa de que a decisão de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, dada a ideia de que a lei declarada inconstitucional é uma lei nula. O problema, em verdade, não seria o de se a decisão declara a nulidade da lei ou a desconstitui ou de se a decisão tem efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, uma vez que, em um ou outro caso, ou seja, admitindo-se a teoria de que há declaração de nulidade ou a de que há desconstituição, sempre haveria necessidade de temperos nas suas aplicações. A admissão de que a decisão não retroage sempre faria escapar situações em que a retroatividade seria vantajosa. Da mesma forma, a opção pela retroatividade sempre recomendaria isentar de efeitos determinadas situações passadas. Melhor explicando: adotada uma ou outra teoria, admitindo-se a declaração da nulidade ou a desconstituidade – isto é, os efeitos *ex tunc* ou os efeitos *ex nunc* -, sempre seria necessário, conforme as particularidades de cada caso, fazer avançar ou fazer retroagir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.⁵¹³

Aliás, a possibilidade de modulação temporal de efeitos, exceção à regra da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, é prevista expressamente no art. 27, da Lei n. 9.868/99, e art. 11, da Lei n. 9.882/99. A primeira lei, atinente ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e, a segunda, da arguição de descumprimento de preceito fundamental. De redações similares, os dispositivos estabelecem a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha ser fixado.

Zeno Veloso⁵¹⁴ ensina que os dispositivos autorizam, quanto à modulação temporal, que a eficácia seja fixada a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento,

⁵¹² KELSSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale). La giustizia costituzionale. Milano: Giuffrè, 1991, pp. 191-192 apud LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57/2006, p. 493-514, maio.2011.

⁵¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1082.

⁵¹⁴ VELOSO, Zeno. op. cit., 2003. p. 195.

que, pelo fato de as leis não distinguirem, “este momento pode ficar no passado ou no porvir”. E complementa que o efeito da decisão pode retroagir de modo limitado, não se projetando até o surgimento da norma impugnada (o que representaria efeitos *ex tunc* absolutos), ou pode incidir *pro futuro*, por exemplo, um dia após o trânsito em julgado.

Por sua vez, Gilmar Ferreira Mendes⁵¹⁵, de forma minudente, vislumbra quatro possíveis situações alcançadas pelos dispositivos. Importa dizer, para ele, a declaração de inconstitucionalidade (a) pode ser fixada a partir do trânsito em julgado da decisão, com ou sem a reprecinação da lei anterior; (b) pode ser suspensa dos efeitos por algum tempo a ser fixado na decisão, com ou sem a reprecinação da lei anterior; (c) pode ser sem pronúncia de nulidade, permitindo que se opere a suspensão de aplicação de lei e dos processos até que o legislador venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional, ou, ainda, (d) pode ser dotada de efeito retroativo, com a preservação de determinadas situações.

Especificamente em relação ao controle difuso, cumpre destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também acolhe a possibilidade da atribuição de eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade⁵¹⁶.

O caso talvez mais emblemático desse posicionamento seja o acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 197917⁵¹⁷, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucional da lei do Município de Mira Estrela-SP, que fixou número elástico de vereadores, ao arpejo do que prevê o art. 29, IV, da Constituição. Na ocasião, avaliou-se se tratar de “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo”. Assim, para evitar a cassação de todos os atos proferidos com a participação dos vereadores “excedentes”, a Corte decidiu que a sua decisão teria eficácia *pro futuro*, a partir das próximas eleições, momento em que se reduziria o número de vereadores.

⁵¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 448-449.

⁵¹⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ação rescisória e modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade. **Revista de Processo**, ano 32, n. 153, p. 145-155, nov.2007.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197917. Rel. Min. Maurício Corrêa. Pleno. Julgamento 06/06/2002. DJ 07/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

Outro conhecido precedente é o do *Habeas Corpus* n. 82959⁵¹⁸. Nele, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos crimes hediondos. No entanto, por votação unânime, decidiu que a declaração incidental de inconstitucionalidade não geraria consequências jurídicas aos casos de penas já extintas.⁵¹⁹

Neste cenário, forçoso concluir que, em situações específicas, as peculiaridades vislumbradas podem justificar a concessão de efeitos *ex tunc* limitados, *ex nunc* ou *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade no âmbito do controle difuso.

3.1.3 O fundamento constitucional para a modulação temporal de efeitos no controle difuso

O art. 27, da Lei n. 9.868/99, e o art. 11, da Lei n. 9.882/99, autorizam o Supremo Tribunal Federal a modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, nada disciplinando, porém, sobre o controle difuso.

Entretanto, o exame sob a perspectiva dos prováveis efeitos que a decisão de inconstitucionalidade pode produzir indica que a incidência de efeitos retrospectivos pode se mostrar, indistintamente prejudicial, seja considerando o regime de controle concentrado ou o difuso⁵²⁰.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta é inequívoco ao dizer que as distinções entre os controles concentrado e difuso não se traduzem em obstáculos ao reconhecimento da possibilidade da aplicação da técnica da modulação de efeitos, posto que os motivos que legitimam a flexibilização dos efeitos temporais no controle concentrado, isto é, resultados

⁵¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82959. Rel. Min. Marco Aurélio. Pleno. Julgamento 23/02/2006, DJ 01/09/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁵¹⁹ No mesmo sentido, o acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 341732 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Carlos Velloso. 2. Turma. Julgamento 14/06/2005. DJ 01/07/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016): “[...] A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé. No caso, os efeitos do ato, concedidos com base no princípio da boa-fé, viram-se convalidados pela CF/88. II. - Negativa de trânsito ao RE do Estado do Amazonas. Agravo não provido.”

⁵²⁰ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. op. cit., p. 155-178, mar.2007.

graves, também se fazem presentes no controle difuso⁵²¹. Em suma, “o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos”⁵²².

O voto do Ministro Cezar Peluzo no julgamento do Recurso Extraordinário n. 197917, já comentado, ratifica a possibilidade da aplicação da modulação de efeitos no controle difuso, tal como no controle concentrado:

De fato, se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem por que não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem ambas, com caráter alternativo e consequências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional. A variedade dos instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da coerência sistemática e de segurança jurídica, ditadas por situações excepcionais [...].

Ademais, como demonstrado alhures, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao se posicionar favoravelmente à modulação de efeitos, também não promove nenhuma distinção quanto ao tipo de controle⁵²³. Segundo Clèmerson Merlin Clève, a modulação de efeitos “não se trata de uma prerrogativa da fiscalização abstrata”, por isso também “é aplicável sem sede de fiscalização incidental”⁵²⁴.

Neste cenário, não se engendra nenhum óbice adicional ou suplementar para uma possível aplicação da modulação temporal de efeitos no controle difuso quando comparado com o controle concentrado de constitucionalidade.

Aliás, o fundamento para a utilização da modulação temporal de efeitos no controle difuso não está no art. 27, da Lei n. 9.868/99, e no art. 11, da Lei n. 9.882/99, mas, sim, na própria Constituição. Basta lembrar, a respeito, que esses dispositivos legais são peremptórios ao apontarem como pressupostos para a aplicação da citada técnica de julgamento a “segurança jurídica” ou o “excepcional interesse social”.

⁵²¹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. op. cit., p. 145-155, nov.2007.

⁵²² MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., 2012. p. 770.

⁵²³ SILVA, Valéria Maria de Araújo. op. cit., p. 1192-1200, out.2011.

⁵²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v 10, p. 1043-1066, ago.2015.

O que se pretende expor é que o art. 27, da Lei n. 9.868/99, e o art. 11, da Lei n. 9.882/99, “limitam-se a explicitar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade”, possuindo “caráter fundamentalmente interpretativo”⁵²⁵.

Eduardo Schenato Piñeiro até mesmo recorda que, no Recurso Extraordinário n. 197917, mencionado alhures, o Supremo Tribunal Federal apontou que os dois critérios para a modulação de efeitos, quais sejam, “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, possuem bases constitucionais⁵²⁶.

Na prática, isso significa que é irrelevante o fato de nenhuma lei não ter previsto a modulação de efeitos no controle difuso, pois ela “decorre da supremacia e da interpretação sistêmica da Constituição por meio da hermenêutica jurídica, e não apenas da autorização legal”⁵²⁷. Equivale dizer, que a regra legal da modulação de efeitos “é desnecessária, eis que a competência em pauta pode ser extraída diretamente do texto constitucional”⁵²⁸.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentar o art. 27, da Lei n. 9.868/99, não deixam dúvidas a respeito:

A LADIn 27 permite que o STF adote, nas decisões no processo de controle abstrato (concentrado) das leis e atos normativos (ADIn), a eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* do acórdão, fixando o *dies a quo* da vigência de sua decisão até mesmo para além do trânsito em julgado. No controle concreto da constitucionalidade (difuso), o STF vem aplicando a mesma técnica. Reconhece que a regra geral sobre decisão que decreta a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é a da eficácia declaratória, vale dizer, retroativa (*ex tunc*), mas, de modo excepcional, determina que esses efeitos possam ser iniciados em outro momento, transformando a eficácia que seria *ex tunc* em eficácia *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado de sua decisão (v.g.), reconhece a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. [...].

Entretanto, nem precisaria haver previsão legal, tampouco aplicação analógica ou extensiva desse preceito legal, para que a solução hoje apregoada pelo STF quanto à eficácia *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade em RE fosse admitida pelo sistema. Dizemos isso porque referida solução está em consonância com o próprio sistema constitucional brasileiro. Com efeito, o princípio da segurança jurídica pode indicar a eficácia para o futuro como solução para determinada situação concreta, no caso de o jurisdicionado haver praticado atos com fundamento na lei anteriormente considerada ou admitida como constitucional, porque não declarada a inconstitucionalidade durante a vigência da lei, circunstância

⁵²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., 2011. p. 409-410.

⁵²⁶ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. op. cit., 2012. p. 224.

⁵²⁷ GALVÃO, Mariana Cristina Xavier. op. cit., 2012. p. 322-332.

⁵²⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. op. cit., p. 145-155, nov.2007.

que fazia atuar a presunção *iuris tantum* de constitucionalidade de que gozam todas as leis em vigor no País.⁵²⁹

Situação fática que ratifica essa interpretação é trazida por Clèmerson Merlin Clève quando aduz que, mesmo antes da autorização legislativa, o Supremo Tribunal Federal já admitia a mitigação dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.^{530 531}

Neste panorama, a avaliação da legitimidade da aplicação da técnica da modulação temporal de efeitos em uma situação concreta de controle difuso reclama o exercício de um juízo de ponderação⁵³² entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Sobre isso, inclusive, a Exposição de Motivos n. 189, de 7.4.1997, relativa ao Projeto de Lei n. 2.960/97, que originou a Lei n. 9.868/99, foi enfática ao prever que: “... decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27)”.

Luís Roberto Barroso adverte que essa ponderação de valores não alcança o princípio da supremacia da Constituição, que é fundamento da própria existência do controle de constitucionalidade. Com efeito, o princípio da supremacia da Constituição não é colocado em um dos lados para valoração. A ponderação ocorre “entre a norma violada e as normas

⁵²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 907.

⁵³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 1043-1066, ago.2015.

⁵³¹ No mesmo sentido, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes Pignatari (op. cit., 2014. p. 311): “[...] a flexibilização dos efeitos ora tratada não depende, a rigor, de prévia autorização legislativa para que seja adotada, eis que tal providência encontra amparo no próprio sistema constitucional brasileiro. Tanto é assim que, antes da edição das leis n.ºs 9.868/99 e 9.882/99, a jurisprudência do STF já havia colocado em prática (mesmo de forma tímida) a manipulação de efeitos retroativos e prospectivos de suas decisões, em nome de valores constitucionais como a segurança jurídica e a boa-fé. Mesmo nos primeiros anos de vigência das referidas leis, o STF pouco aplicou a orientação contida no art. 27 (da Lei n.º 9.868/99) nos processos do controle abstrato, não propriamente por enxergar algum tipo de inconstitucionalidade na regra, mas sim em razão de uma ausência de circunstâncias excepcionais a justificar a modulação de efeitos. [...]”.

⁵³² Sobre a técnica da ponderação, Robert Alexy (Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 1, p. 915-9128, ago.2011) explica que ela integra um princípio mais amplo, no caso, o princípio da proporcionalidade. Ainda esclarece que o princípio da proporcionalidade consiste de três preceitos parciais, quais sejam, a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Anota, em continuação, que os direitos fundamentais se consubstanciam em “mandamentos de otimização”, ou seja, ordens de realização tanto quanto possível em face das condições fáticas e jurídicas. Neste cenário, ele ressalta que a idoneidade e a necessidade se relacionam às possibilidades fáticas. Enquanto a idoneidade “exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir”, a necessidade pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem um princípio, optar por aquele que menos intensamente intervém no outro princípio. Já a proporcionalidade em sentido estrito, que se refere à otimização das possibilidades jurídicas, informa que “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional”, como, por exemplo, boa-fé, moralidade e irredutibilidade de vencimentos.⁵³³

Assim, não se esquecendo que a segurança jurídica e o excepcional interesse social configuram conceitos jurídicos indeterminados⁵³⁴, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal somente tem poder de modular os efeitos de declaração de inconstitucionalidade no caso de observar um outro princípio ou valor constitucional que justifique o afastamento do princípio da nulidade⁵³⁵.

Importante esclarecer que, por “excepcional interesse social”, não pode ser compreendido o interesse de uma parte, ou seja, um interesse secundário, mas um interesse público primário suficientemente capaz de legitimar a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁵³⁶.

Entende-se plausível considerar o “excepcional interesse social” como uma cláusula geral, a exemplo do “interesse público de excepcional relevo”, previsto na Constituição portuguesa como requisito para a modulação de efeitos naquele sistema jurídico. Inclusive, Rui Medeiros assevera que a inclusão do “interesse público de excepcional relevo” originou-se da constatação de que “a segurança jurídica e equidade não esgotavam o universo dos valores últimos do direito que, em situações manifestamente excepcionais, podiam justificar uma limitação de efeitos”⁵³⁷. Assim, igualmente, no Brasil, a previsão de “excepcional interesse social” aparenta se tratar de uma cláusula geral autorizadora para modulação de efeitos, desde que atrelado a valor constitucional suficientemente relevante para justificar a proteção.⁵³⁸

⁵³³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210-211.

⁵³⁴ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. op. cit., 2014. p. 307.

⁵³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., 2012. p. 770.

⁵³⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 313.

⁵³⁷ MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999. p. 707, apud MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., 2014. p. 445-447.

⁵³⁸ Nesse sentido, voto do Rel. Ministro Dias Toffoli no julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Julgamento 9.9.2010. DJe 15.12.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016): “[...] Portanto, a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 resulta de um conflito entre normas de igual hierarquia constitucional, quais sejam, a segurança jurídica – que decorre do art 5º, caput, da Constituição e fundamenta a noção material do princípio do Estado de Direito (art. 1º, da CF/88) – e o excepcional interesse social, que consubstancia qualquer outro princípio constitucional. É evidente que a identificação desses princípios somente pode ocorrer concretamente, mediante a análise de cada caso. [...]”.

Não divergindo, Mariana Cristina Xavier Galvão encampa que o preenchimento valorativo de excepcional interesse social “não pode ser um argumento meramente subjetivo ou político, mas sim um argumento com origem na própria Constituição, com base nos princípios constitucionais”.⁵³⁹

Por não desconhecer esse processo de ponderação entre princípios e valores constitucionais, Roberto Mendes Mandelli Júnior até mesmo questiona a constitucionalidade dos dispositivos legais que versam sobre a modulação temporal de efeitos, especificamente em relação à exigência do quórum qualificado de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal para limitar a eficácia da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado. Para ele, o fato de o Supremo Tribunal Federal não estar convalidando um ato infraconstitucional, mas, sim, aplicando a própria Constituição, subtrai qualquer razão que justifique a necessidade desse quórum diferenciado, notadamente quando o art. 97, da Constituição, exige somente o voto da maioria absoluta dos seus membros para a aplicação da Constituição.⁵⁴⁰

No entanto, válido o registro de que, no país, persiste, em regra, a aplicação da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade⁵⁴¹. O art. 27, da Lei n. 9.868/99, e o art. 11, da Lei n. 9.882/99, não comprometem o dogma da nulidade *ab initio* da norma inconstitucional, reservando-se a aplicação da técnica da modulação temporal de efeitos tão-somente para situações excepcionais⁵⁴².

Aliás, o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que não está compelido a se manifestar sobre a modulação de efeitos, posto que “se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos *ex tunc*, desde a vigência da lei inválida”⁵⁴³.⁵⁴⁴

⁵³⁹ GALVÃO, Mariana Cristina Xavier. op. cit., 2012. p. 322-332.

⁵⁴⁰ MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. op. cit., 2003. p. 182-183.

⁵⁴¹ VELOSO, Zeno. op. cit., 2003. p. 195.

⁵⁴² PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. op. cit., 2014. p. 314.

⁵⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2996. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Pleno. Julgamento 14/12/2006. DJ 16/03/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁵⁴⁴ No mesmo sentido, o acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 386440 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 1. Turma. Julgamento 19/09/2006. DJ 13/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016): “[...] A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema [...]”

Destarte, em síntese, tem-se que a modulação temporal de efeitos no controle difuso retira a sua validade diretamente da Constituição, notadamente quando identificado o dever de privilegiar um valor ou princípio nela contido, no âmbito de um rigoroso exercício de ponderação com o princípio da nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional.

3.1.4 Algumas críticas doutrinárias à modulação temporal de efeitos no controle difuso de constitucionalidade

Didaticamente é possível classificar as principais críticas em relação à modulação temporal de efeitos no controle difuso de constitucionalidade em três categorias, vale dizer, (a) críticas relativas a quaisquer situações de modulação de efeitos no controle difuso, isto é, com ou sem autorização constitucional ou legal; (b) críticas relativas à regulamentação da modulação de efeitos por lei e, não, pela Constituição; e (c) críticas relativas à ausência ou deficiência na regulamentação infraconstitucional.

Quanto à primeira categoria, tem-se a crítica de que atribuir efeitos futuros a uma decisão de inconstitucionalidade representaria considerar válida lei inválida.

Esse argumento foi exaustivamente examinado na ocasião em que se discutiu a possibilidade de se outorgar efeitos *ex tunc* ou *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. E, como demonstrado, a teoria da nulidade não constitui óbice a essa pretensão, pois necessário temperamento na sua aplicação, haja vista a sua insuficiência para solucionar todas situações fáticas.

Uma segunda crítica sufraga que a autorização de modulação de efeitos equipararia a atividade jurisdicional à de um legislador, eis que permitiria ao juiz conceder eficácia temporária à lei. Em tese, o juiz estaria reconduzindo a norma à esfera de validade em um plano hierárquico constitucional⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. op. cit., p. 155-178, mar.2007.

Essa crítica, no entanto, não se sustenta, haja vista que, como bem lembra Mauro Cappelletti, “a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional”, sendo que, geralmente, o juiz reúne tanto a tarefa de interpretar, como de criar o direito⁵⁴⁶.

Outrossim, válido repisar que a viabilidade de conceder efeitos prospectivos possui assento constitucional e que, segundo Gilmar Ferreira Mendes, “a limitação de efeitos é decorrência do controle judicial de constitucionalidade”⁵⁴⁷.

Oportuna também a transcrição parcial do voto do Rel. Min. Dias Toffoli no julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601⁵⁴⁸:

[...] Logo, faz-se necessário, em virtude do postulado da supremacia e da unidade da Constituição, ampliar-se o objeto de interpretação das normas em face da Carta Magna, ultrapassando-se a análise do ato legal frente à norma constitucional parâmetro, para contemplar, ainda, os efeitos produzidos pela norma questionada frente outras normas igualmente constitucionais. Desse modo, todos esses preceitos devem ser ponderados no momento da decisão de inconstitucionalidade e orientar o intérprete na tomada de sua decisão.

O Supremo Tribunal Federal, guarda da Constituição, tem o dever de zelar pela sua máxima efetividade, o que ultrapassa a norma constitucional utilizada como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade, alcançando toda a unidade normativa da Lei Maior.

Nesse contexto, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior.

Assim, presentes as condições necessárias à flexibilização dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. [...].

No que tange à segunda categoria, Calil Simão formula duas críticas correlatas. A primeira, a de que uma lei não poderia regulamentar originariamente a modulação de efeitos, pois essa permissão não se limitaria ao âmbito da norma inconstitucional, refletindo também na própria Constituição. Já a segunda, a de que, no caso de Constituições rígidas, seria atribuição do Constituinte originário determinar como e quando um preceito constitucional deveria produzir efeitos^{549 550}.

⁵⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 73-74 e 128-130.

⁵⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., 2012. p. 771.

⁵⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601. Rel. Min. Dias Toffoli. Plenário. Julgamento 09/09/2010. DJe 15/12/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁵⁴⁹ SIMÃO, Calil. op. cit, 2014. p. 197.

Sobre essa cogitada ausência de autorização constitucional, é preciso lembrar que constitui objeto de invocação pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2154 e 2258, pendentes de julgamento, que objetivam justamente a declaração de inconstitucionalidade do art. 27, da Lei n. 9.868/99⁵⁵¹.

Tais críticas, no entanto, não prosperam.

Deve-se reiterar que o fundamento para a modulação dos efeitos é constitucional, quer dizer, os princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social, que devem ser tutelados à luz do princípio da supremacia da Constituição.

Ora, considerando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe a possibilidade da aplicação da técnica da modulação de efeitos tanto no controle concentrado, quanto no difuso, é provável que os pedidos nas ADIs sejam improvidos⁵⁵².

Conforme voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240⁵⁵³ “o Tribunal já vem sinalizando seu enendimento a respeito da plena constitucionalidade desse dispositivo”.

Por fim, em relação à última categoria de críticas, tem-se a lembrança recorrente de que o art. 27, da Lei n. 9.868/99, e o art. 11, da Lei n. 9.882/99, limitam-se a tratar da modulação de efeitos no controle concentrado, nada dispondo sobre o modelo difuso.

Não obstante, como consolidado anteriormente, “embora não exista previsão legal que autorize essa hipótese [no controle difuso], a modulação dos efeitos das decisões possui

⁵⁵⁰ Calil Simão (Ibid., 2014. p. 198) lembra ainda que a inclusão de autorização para a modulação de efeitos foi rejeitada à época da Assembleia Constituinte: “Em razão disso, quando da Assembleia Constituinte de 1988, o Senador MAURÍCIO CORRÊA propôs a inclusão da modulação de efeitos com base na Constituição portuguesa (CF, art. 127, §2º: ‘§2º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória’. A proposta foi rejeitada, ficando claro o repúdio à tese da anulabilidade pelo poder constituinte originário. [...] A Assembleia Constituinte não foi omissa, a questão foi tratada e rejeitada. Ela, portanto, não desejou a modulação de efeitos. Contudo, passados alguns anos, vem o legislador ordinário e cria o instituto anteriormente rejeitado”.

⁵⁵¹ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. op. cit., 2014. p. 312.

⁵⁵² Ibid., 2014. p. 312.

⁵⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Julgamento 09/05/2007. DJ 03/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

fundamento constitucional, uma vez que sua utilização objetiva a proteção da supremacia da Constituição⁵⁵⁴.

Ademais, ainda merece comentário a crítica de Lenio Streck acerca da perda da força normativa da Constituição e do poder de arbitrariedade do Supremo Tribunal Federal quando utilizados, como requisitos para a modulação de efeitos, conceitos vagos a exemplo de segurança jurídica e excepcional interesse social⁵⁵⁵.

De início, cumpre pontuar que, atualmente, é bastante comum a utilização em todas as esferas da área do direito de cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados. Trata-se, pois, de um fenômeno que ocorre com a necessidade de a ordem jurídica se ajustar às demandas sociais, uma técnica que se baseia na premissa de que a norma pode ser apenas um dos elementos que informam a construção judicial do Direito⁵⁵⁶. Carlos Wagner Dias, por isso, não vê razão para prosperar a crítica sobre o suposto excessivo poder concedido ao Supremo Tribunal Federal⁵⁵⁷.

Além disso, rememora-se que os conceitos de segurança jurídica e de excepcional interesse social visam justamente conferir ao Supremo Tribunal Federal o poder necessário (dever) para ponderar valores ou princípios constitucionais que, no caso concreto, possam se revelar suficientemente importantes.

De outro lado, a suscitada arbitrariedade do Judiciário, seja quanto à avaliação da presença dos pressupostos para a modulação ou mesmo quanto à fixação da data de eficácia da declaração de inconstitucionalidade, é minimizada pelo princípio da proporcionalidade, que pressupõe rigoroso equacionamento de postulados, e pela exigência de motivação das decisões judiciais, na esteira do art. 93, IX, da Constituição⁵⁵⁸.

3.1.5 A possibilidade de o juiz monocrático ou Tribunal Ordinário modular os efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade

⁵⁵⁴ GALVÃO, Mariana Cristina Xavier. op. cit., 2012. p. 322-332.

⁵⁵⁵ STRECK, Lenio. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2202. p. 544-545 apud FERREIRA, Carlos Wagner Dias. op. cit., p. 155-178, mar.2007.

⁵⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012. p. 577-597.

⁵⁵⁷ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. op. cit., p. 155-178, mar.2007.

⁵⁵⁸ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. op. cit., 2014. p. 313.

Partindo da premissa de que a modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade retira sua validade diretamente da Constituição e, não, a partir de uma interpretação por analogia do art. 27, da Lei n. 9.868/99, e o art. 11, da Lei n. 9.882/99, afigura-se plausível a interpretação de que o juiz monocrático e o tribunal ordinário podem, em situações excepcionais, conceder efeitos limitados à declaração de inconstitucionalidade.

De fato, não se apresenta razoável permitir que o juiz declare incidentalmente a inconstitucionalidade, mas subtrair dele o poder-dever de estabelecer os limites temporais de sua decisão. “A possibilidade de o juiz modular os efeitos da inconstitucionalidade decorre da natureza ínsita do controle difuso”⁵⁵⁹. Luiz Guilherme Marinoni também leciona que “o dever de modulação de efeitos é corolário do poder de declarar a inconstitucionalidade da norma”⁵⁶⁰.

Além disso, não se vislumbra incompatibilidade entre os sistemas de controle. Vale dizer, o reconhecimento do poder-dever do juiz monocrático ou do tribunal ordinário para limitar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade não colide com o sistema de controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Aparentemente traz harmonia aos regimes de controle de constitucionalidade, possibilitando até mesmo a aproximação das regras de eficácia das decisões.⁵⁶¹

De qualquer modo, os juízes monocráticos e tribunais ordinários já limitam, por vezes, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada em controle difuso, quando necessário tutelar direitos constitucionais no caso concreto. São os casos, por exemplo, da preservação de atos praticados por servidores cujos cargos foram criados por leis inconstitucionais (teoria da aparência e boa-fé de terceiros) e a desnecessidade de devolução de gratificação declarada inconstitucional recebida de boa-fé por servidores.

O Tribunal Superior Eleitoral reconhece a possibilidade de Tribunal Regional Eleitoral promover a modulação temporal de efeitos no controle difuso de constitucionalidade. Sobre isso, o Recurso Especial Eleitoral n. 189893⁵⁶²:

⁵⁵⁹ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. op. cit., p. 155-178, mar.2007.

⁵⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2013. p. 1091.

⁵⁶¹ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. op. cit., p. 155-178, mar.2007.

⁵⁶² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 189893. Rel. Min. Carmén Lúcia Antunes Rocha. Julgamento 10/05/2012. DJe 27/06/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

ELEIÇÕES 2002. Crime eleitoral supostamente praticado por deputado estadual antes da diplomação. Suspensão da ação penal por meio de decreto legislativo. Declaração incidental de inconstitucionalidade do decreto pelo Tribunal Regional Eleitoral de Roraima. Controle difuso e modulação temporal dos efeitos da declaração. Possibilidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Suposta contrariedade ao devido processo legal (arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil). Matéria não prequestionada (Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal). Recurso especial ao qual se nega provimento.

3.2 A modulação temporal de efeitos na alteração de jurisprudência

Como um dos elementos centrais da investigação acadêmica, a modulação temporal de efeitos na alteração de jurisprudência possui diversos aspectos relevantes, que passam a ser analisados.

3.2.1 O (novo) Código de Processo Civil

A Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, de autoria da Comissão de Juristas, sinalizou que a estabilidade da jurisprudência deve ser vista sob duas perspectivas. A primeira, já comentada, diz respeito à exigência de um maior esforço de fundamentação para a sua alteração. A outra, informa, em síntese, que a estabilidade gera uma previsibilidade das respostas jurisdicionais e, assim, eventual superação de entendimento, permite, em alguns casos, a modulação temporal dos efeitos.

Quanto à modulação temporal dos efeitos, a redação original do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil trazia, em seu art. 847, V, a regra de que no caso de modificação da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

O Projeto de Lei n. 166/2010, aprovado pelo Senado Federal, seguiu para a Câmara dos Deputados, que votou Substitutivo com nova redação para a modulação de efeitos. A regra foi deslocada para o §10, do art. 520, incorporou a hipótese de alteração de precedente e não manteve a limitação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores: “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de

precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos”.

No entanto, a versão final, após sanção da Excelentíssima Presidenta da República, consagrou a redação original votada no Senado Federal, não contemplando expressamente a possibilidade de modulação de efeitos da modificação de todos precedentes e limitando sua aplicação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores. A regra consolidada, assim, atinge somente a “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos [...]”.

O suscitado §3º, do art. 927, traz relevantes elementos ou aspectos merecedores de análise, a exemplo dos órgãos jurisdicionais cuja jurisprudência é alcançada pela autorização e os requisitos “interesse social” e “segurança jurídica”.

3.2.2 Os requisitos para a modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência

Segundo a Exposição de Motivos confeccionada pela Comissão de Juristas do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, um dos objetivos orientadores dos trabalhos foi “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”. Após, o documento lembrou da segurança jurídica, ao ponderar que citado princípio constitucional fica comprometido com a brusca modificação de entendimento dos tribunais em matéria de direito. E concluiu que uma das vertentes da segurança jurídica recomenda que a jurisprudência, uma vez pacificada, deve tender a ser mais estável.

Por sua vez, convém rememorar que a estabilidade da jurisprudência enfeixa ao menos duas perspectivas. A primeira, já comentada, acerca do maior esforço argumentativo para a adoção de posicionamento distinto. A segunda, justamente a possibilidade de modulação temporal de efeitos na situação de superação da tese sufragada em jurisprudência dominante.

Neste panorama, vislumbra-se que a modulação temporal de efeitos de alteração de jurisprudência possui assento constitucional, mais especificamente, no princípio da segurança

jurídica. “Sua inserção em texto legal atua apenas no sentido de facilitar aos jurisdicionados o conhecimento das hipóteses em que poderá ser utilizada”⁵⁶³.

Aliás, mesmo antes do início da vigência do novo Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 26603⁵⁶⁴:

Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça também já outorgou efeitos prospectivos no caso de alteração de jurisprudência. Refere-se ao Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 194892⁵⁶⁵, no qual reconheceu, superando jurisprudência da época, a “legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante esta Corte Superior de Justiça, na qualidade de autor da ação, atribuindo efeitos prospectivos à decisão”.

Por sua vez, o Tribunal Superior Eleitoral tutelou a segurança jurídica quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral n. 27696⁵⁶⁶ firmou ser recomendável não promover alteração do posicionamento jurisprudencial em relação à mesma eleição.

⁵⁶³ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 284.

⁵⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26603. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento 04/10/2007. DJe 19/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁵⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 194892. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento 24/10/2012. DJe 26/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁵⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 27696. Rel. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. Julgamento 04/12/2007. DJ 01/2/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

E, apesar da existência também de decisões em sentido contrário, o novo Código de Processo Civil, acaba por afastar debates acerca da possibilidade da utilização da técnica de modulação de efeitos.

Primeiramente, o §3º, do art. 927, do novo Código de Processo Civil, versa, em regra, sobre alteração de jurisprudência dominante e, não, de um único julgado (não se trata, portanto, de uma teoria de precedente, tal como na doutrina do *stare decisis*), e a autorização atinge a modificação de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal e tribunais superiores.

Outrossim, a redação legislativa estipula que “pode haver modulação de efeitos”. Disso, extrai-se que nem todas as situações de alteração de jurisprudência dominante permite a modulação de efeitos. Na verdade, de modo geral e historicamente, a revogação de um posicionamento judicial acarreta efeitos retroativos^{567 568}. A concessão de eficácia prospectiva possui caráter excepcional^{569 570 571} ou, no caso, exige uma fundamentação justificada⁵⁷².

Por outro lado, adverte-se que o artigo não fixa ou descreve em nenhum momento a eficácia temporal da superação de interpretação. Assim, a decisão que modificar o entendimento dominante deve decidir também o aspecto temporal de sua incidência, sendo o silêncio o reconhecimento do efeito *ex tunc*⁵⁷³. Por exemplo, pode estabelecer que a nova interpretação deve ser aplicada apenas para o caso julgado e eventos ocorridos imediatamente

⁵⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. op. cit., 2015. p. 1252.

⁵⁶⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 499.

⁵⁶⁹ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 284.

⁵⁷⁰ Elpídio Donizetti (op. cit., 2016. p. 1307) defende que a modulação de efeitos da alteração da jurisprudência seja a regra: “Quando um precedente já está consolidado, no sentido de os tribunais terem decidido de forma reiterada em determinado sentido, a sua superação não deveria ter eficácia retroativa, eis que todos os jurisdicionados que forma beneficiados pelo precedente superado agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial pacificada. Essa, lamentavelmente, não é a regra que rege o nosso sistema. Na aplicação do princípio do *tempus regit actum* leva-se em conta tão somente a lei – num sentido estrito – vigente à época do ato jurídico, e não da jurisprudência. Em face da adoção do *stare decisis* há que se repensar essa prática; há que se fazer – repita-se – uma releitura do dispositivo constitucional garantidor da segurança jurídica, sob pena de grave insegurança. Assim, pelo menos no Brasil, se há revogação de um precedente e a construção de uma nova tese jurídica, esta passará a reger as relações constituídas anteriormente à decisão revogadora – é o que se denomina retroatividade plena -, sem levar em conta a jurisprudência “vigorante” à época do aperfeiçoamento do ato jurídico. Respeitam-se tão somente as relações acobertadas pela coisa julgada e às vezes do direito adquirido, olvidando-se que tais garantias gozam de idêntico status constitucional. As normas – num sentido amplo – do tempo da constituição é de devem reger o ato, e não somente a lei.”

⁵⁷¹ Karl Larenz (Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fund. C. Gulbenkian, 1997. p. 618 apud TUCCI, Rogério Cruz e. op. cit., 2016. p. 445-457) explica que o Supremo e a Corte Constitucional alemãs consideram que a regra da irretroatividade da lei não pode se estender para as decisões dos tribunais. Do contrário, “conduziria a que os tribunais houvessem de estar vinculados a uma jurisprudência outrora consolidada, mesmo quando esta se revela insustentável à luz do conhecimento apurado ou em vista da mudança das relações sociais, políticas ou econômicas”.

⁵⁷² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 499.

⁵⁷³ Ibid., 2015. p. 284.

após a data de inauguração da nova interpretação. Alternativamente, que deve ser aplicada somente para esses eventos futuros, excluindo o próprio julgado. Ou, talvez, que deve ser sobrestada a produção dos efeitos do novo entendimento até determinada data ou evento^{574 575}.

Quanto aos requisitos para autorizar a modulação temporal de efeitos, o §3º, do art. 927, indica o “interesse social” e a “segurança jurídica”⁵⁷⁶.

O princípio da segurança jurídica possui como “elemento nuclear a proteção da confiança”⁵⁷⁷. Confiança, esta, que os atos ou condutas do Judiciário provocam no espírito ou na esfera jurídica do jurisdicionado, fazendo-o crer que deveria agir de determinado modo e que o Judiciário agiria conforme seus atos e condutas anteriores, seguindo seus próprios entendimentos jurisprudenciais⁵⁷⁸.

Neste sentido, se fatos jurídicos pretéritos são protegidos contra a aplicação retroativa da lei nova, incidindo a lei da época (*tempus regit actum*), “uma jurisprudência pretérita, de fato constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial”⁵⁷⁹.

A alteração da jurisprudência, assim, pode, eventualmente, ser revestida de ilicitude, haja vista que, por vezes, pode frustrar a confiança legítima do jurisdicionado, violando frontalmente uma previsibilidade alicerçada em uma situação de confiança digna de tutela. E, nestas situações, em que afastada a estabilidade jurisprudencial e presente a necessidade de proteção de uma confiança legítima, é cabível a flexibilização temporal dos efeitos do novo

⁵⁷⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. op. cit., 2015. p. 1252.

⁵⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 268 et seq. apud WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et. al. (coord). op. cit., 2016. p. 2079.

⁵⁷⁶ Não por acaso que Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça (op. cit., 2016. p. 335-360) recordam que “o termo segurança jurídica, no sentido que interessa ao presente estudo, aparece seis vezes no texto final do NCPC aprovado pelo Senado Federal. Em três ocasiões, refere-se à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal ou dos demais Tribunais Superiores (art. 522, §11, art. 532, §6º e art. 925, §§3º e 4º)”.

⁵⁷⁷ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (coord). op. cit., 2016. p. 2074.

⁵⁷⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1845.

⁵⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2009. p. 1-33.

entendimento judicial, isto é, figura-se admissível a modulação dos efeitos do novo julgado, com atribuição de eficácia prospectiva ou a fixação de regras de transição.^{580 581 582}

Disso resulta que nem sempre há uma confiança a ser protegida, isto é, uma “confiança justificada”. Essa confiança qualificada, que se consubstancia um critério para aferir se tratar, ou não, de caso de retroatividade da decisão revogadora da jurisprudência, caracteriza-se quando presentes elementos “que façam ver que o precedente racionalmente merecia credibilidade à época em que os fatos se passaram”⁵⁸³. Essa confiança qualificada justifica a necessidade de se prestigiar a uniformidade da interpretação dos tribunais num mesmo momento histórico, coibindo a multiplicidade de regras de conduta⁵⁸⁴.

Rafael Valin⁵⁸⁵ explica que as mudanças normativas inesperadas é que fragilizam o princípio da segurança jurídica:

É um dado que o Direito se modifica constantemente, a fim de acompanhar a cambiante realidade a que preordena a disciplinar. Porém, como veremos

⁵⁸⁰ COSTA, Marília Siqueira da. op. cit., 2014. p. 391-416.

⁵⁸¹ Luiz Guilherme Marinoni (op. cit., p. 5-30, set/out.2011) ilustra que: “[...] se, no momento em que os atos foram praticados, o Poder Judiciário afirmava que a lei estava em vigor, inegavelmente existia ‘norma jurídica’ para orientar os jurisdicionados. Se esta norma é revogada por norma posteriormente emanada do próprio Judiciário, a nova norma não pode retroagir para apanhar as situações que se consolidaram à época em que era justificada a confiança na norma judicial revogada. De modo que limitar os efeitos da decisão, para preservar atos práticos com base em lei declarada revogada, não é usurpar o poder do legislador, mas proteger a confiança justificada no Poder Judiciário. Trata-se, em verdade, de um ato de autotutela do próprio Judiciário”.

⁵⁸² PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello (O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 593-608) esclarece: “De outro lado, quando a questão gira em torno da superação dos precedentes (overruling), o aspecto temporal ganha novos contornos e dimensões, as quais nem sempre são consideradas. Resta claro que a decisão judicial é tomada após a ocorrência da situação fática que levou à propositura da ação judicial, ou seja, a atuação das pessoas numa determinada direção (situação fática) foi orientada por uma situação normativa que estava vigente num determinado momento histórico. O julgamento da ação ocorrerá algum – ou muito – tempo após a ocorrência da situação fática que deu ensejo à propositura da ação. Em outras palavras, há o transcurso de um lapso temporal – às vezes significativo – entre a ocorrência do fato ensejador da propositura da ação e o seu efetivo julgamento. Mas e o que isso tem a ver com a mudança do precedente e seu aspecto temporal? Isso tem tudo a ver com a mudança do precedente, em especial se tal mudança de direção no posicionamento jurisdicional se deu após a ocorrência do fato e antes do julgamento da ação. Ora, se a questão jurídica que chega na fase de decisão em um processo judicial ocorreu muito tempo antes daquele momento de julgamento, a atuação do jurisdicionado se deu em face de um conjunto normativo anterior ao do momento do julgamento. Esta circunstância pode, eventualmente, ensejar situação de quebra de segurança jurídica, imprevisibilidade e desconstrução de expectativa legítima, firmada por uma orientação jurisprudencial posteriormente superada. Por esta razão, surgiu uma outra modalidade de superação de precedente nos Estados Unidos, chamado prospective overruling, em que a própria corte decide que a alteração de entendimento firmada em um determinado julgamento não será utilizada naquele próprio caso (ou em outros, ou somente a partir de determinado momento), a fim de que a segurança jurídica seja preservada”.

⁵⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 266 et seq. apud WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (coord). op. cit., 2016. p. 2078-2079.

⁵⁸⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. op. cit., p. 53-62, out.2009.

⁵⁸⁵ VALIN, Rafael. op. cit., 2013. p. 65-94.

adiante, não é contra isso que se volta a segurança jurídica, o que conduziria, aliás, e a todas as luzes, a uma luta vã, contraproducente e de feições quixotescas. O que combate a segurança jurídicas são as mudanças normativas inopinadas e traumáticas, a mutabilidade das situações subjetivas constituídas sob o pálio de leis revogadas, a desmedida e degenerada produção normativa, a supressão da confiança legítima, entre outros fatores que agravam a conatural situação de insegurança do indivíduo.

Em outros termos, o que se identifica é que, sendo a norma a lei interpretada⁵⁸⁶, diante da estabilidade da jurisprudência, os cidadãos e as empresas, no mais das vezes, passam a orientar as suas atividades e condutas de acordo com o entendimento judicial dominante da época⁵⁸⁷. Neste contexto, na hipótese de superação do entendimento, é possível ocorrer uma frustração de expectativa ou da previsibilidade dos jurisdicionados quanto aos efeitos jurídicos de sua conduta.⁵⁸⁸

Nesse sentido, debate-se quando uma confiança merece ser tutelada diante da modificação da jurisprudência. E, embora inexista uniformidade de entendimento sobre possíveis critérios objetivos que possam ser utilizados para balizar a investigação⁵⁸⁹, algumas circunstâncias de avaliação da força do precedente ou da jurisprudência podem ser invocadas para essa pretensão.

Destarte, parece razoável alcançar um mínimo de objetividade nessa avaliação a partir da desconstrução ou decomposição dos elementos que integram o princípio da confiança.

⁵⁸⁶ A respeito, Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier (op. cit., 2016. p. 79) anotam que: “Hoje, entende-se que o direito vincula o juiz, mas não a letra da lei, exclusivamente. É a lei interpretada, à luz de princípios jurídicos; é a jurisprudência, a doutrina: estes são os elementos do sistema ou do ordenamento jurídico. Deles, desse conjunto, emergem as regras que o jurisdicionado tem que seguir. Paralelamente, a esses fenômenos, passou-se a entender que o juiz teria a liberdade de decidir ‘conforme sua convicção pessoal’ a respeito do sentido da regra jurídica aplicável ao caso concreto. Evidentemente, essa liberdade, se levada às últimas consequências, pode fazer cair num vazio, transformar-se num nada, a intenção racionalmente manifestada, em dois relevantes momentos históricos, no sentido de criar condições para controlar a arbitrariedade, gerando previsibilidade, como resultado do funcionamento de um sistema tendente à coerência e à harmonia. Multiplicam-se os *hard cases*: casos cuja solução não está clara na lei, ou realmente não está na lei, e deve ser “criada” pelo Judiciário a partir de elementos do sistema jurídico. *Hard cases* podem dizer respeito a situações sociais em relação às quais esteja havendo, no plano dos fatos, uma alteração de valores e/ou comportamental. É justamente à luz de um mosaico, formado necessariamente por vários dos elementos integrantes do sistema, que o juiz tem que procurar/criar a solução normativa às quais esteja havendo, no plano dos casos concretos, quando de um *hard case* se tratar.

⁵⁸⁷ “Os cidadãos de um modo geral, informados por seus advogados, baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos”. (TUCCI, Rogério Cruz e. op. cit., 2016. p. 445-457.

⁵⁸⁸ Segundo João Otávio de Noronha (op. cit., 2013. p. 142-150): “A sociedade se comporta conforme a interpretação dada pelo direito pelos tribunais. Os tribunais pautam o comportamento social e não a lei em si só, mas a lei devidamente interpretada, por isso o risco da modificação da interpretação jurisdicional, da importância da modulação tão bem trazida para o direito brasileiro pelo Supremo”.

⁵⁸⁹ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 307.

Em suma, considerando que a estabilidade da jurisprudência é o pressuposto para a confiança do jurisdicionado em relação à interpretação e que essa confiança é o pressuposto para a modulação dos efeitos da modificação de jurisprudência, necessário examinar o grau de autoridade da jurisprudência (perspectiva de sua preservação) à época dos fatos para determinar a caracterização de uma efetiva surpresa injusta. A ausência de surpresa na modificação da jurisprudência deslegitima a utilização da técnica da modulação de efeitos.

São circunstâncias que informam ou subsidiam a averiguação da presença, ou não, de uma confiança legítima do jurisdicionado:

a) jurisprudência claramente equivocada⁵⁹⁰ ou errada^{591 592} – se a jurisprudência apresenta incongruência interna ou adota premissas equivocadas, a superação se torna previsível ou esperada;

b) crítica doutrinária⁵⁹³ – “é mais fácil divergir de um precedente que possua ampla rejeição doutrinária, e, sem sentido oposto, é mais difícil dissentir quando recebe aplausos nesse sentido”.⁵⁹⁴

c) grau de dissenso na construção da jurisprudência – uma jurisprudência formada com forte dissenso não proporciona a mesma segurança que a jurisprudência criada a partir da manifestação uniforme de todos os juízes^{595 596}. “Placares” apertados de votação sinalizam que eventual mudança de composição pode ensejar a superação da jurisprudência⁵⁹⁷. Ademais, uma jurisprudência superada que já foi modificada anteriormente, pode apontar para uma alteração sem surpresa⁵⁹⁸. Em um julgamento, para respeitar a segurança jurídica, o tribunal pode não revogar a jurisprudência, mas sinalizar que futuramente, em outros

⁵⁹⁰ EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 14, 26 e 370 apud WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (coord). op. cit., 2016. p. 2079-2080.

⁵⁹¹ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 406-407.

⁵⁹² No entanto, para Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p. 327-338, abr/jun.2007): “seria injusto e inaceitável, sobreposse em um autonominado Estado Democrático de Direito, que este, no exercício da função jurisdicional, ao detectar um ‘erro’, uma ‘interpretação incorreta’ da ordem jurídica, dantes por ele mesmo efetuada, permitisse que esta sua proclamada falha deflagrasse um prejuízo patrimonial para quem não falhou e agiu sob o pálio do que precedentemente ele próprio Judiciário proclamara ser o Direito vigorante naquela matéria.”

⁵⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 266 et seq. apud WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (coord). op. cit., 2016. p. 2078-2079.

⁵⁹⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. op. cit., 2014. p. 432.

⁵⁹⁵ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 401.

⁵⁹⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. op. cit., 2014. p. 405.

⁵⁹⁷ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 191.

⁵⁹⁸ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 308.

processos, pode assim proceder⁵⁹⁹. Por revelante, oportuna manifestação de Antonio do Passo Cabral⁶⁰⁰ sobre jurisprudência consolidada:

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.

d) “rebeldia” dos juízes ou tribunais inferiores – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores reiteradamente desrespeitada pelos juízes e tribunais inferiores, apontam para uma fragilidade do entendimento.⁶⁰¹

e) inovação legislativa⁶⁰² – com a mudança da lei pode ocorrer alteração do contexto jurídico. Como a jurisprudência é o produto da interpretação da lei, a modificação legislativa indica a possibilidade de nova interpretação⁶⁰³. Na verdade, a revogação da jurisprudência pode ocorrer pelo Judiciário, com a superação do entendimento, ou através de ato do legislador.⁶⁰⁴ Segundo o Enunciado n. 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”. Não divergindo o Enunciado n. 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”.

⁵⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2016. p. 993-994.

⁶⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. op. cit., p. 19-43, abr/jun.2015.

⁶⁰¹ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 403.

⁶⁰² THEODORO NETO, Humberto Theodoro. op. cit., 2015. p. 665-684.

⁶⁰³ NOGUEIRA, Gustavo Santana. op. cit., 2013. p. 200.

⁶⁰⁴ MADÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2016. p. 459-490.

f) mudança de valores da sociedade⁶⁰⁵ ou do quadro político – é a figura da mutação do direito a partir da modificação do contexto social e político⁶⁰⁶. A jurisprudência pode ser superada quando não mais corresponde aos padrões de “congruência social”⁶⁰⁷. Ora, considerando que a ciência jurídica foi criada para a sociedade, não se pode conceber a aplicação de precedentes que suprem as necessidades sociais⁶⁰⁸.

g) falta de confirmação da jurisprudência – “a inexistência de decisões que confirmem o precedente ou a falta de sua utilização acaba por apontar no sentido contrário”⁶⁰⁹.

Além desses aspectos, pode-se afirmar que a avaliação da presença da confiança justificada deve considerar o nível de absorção da jurisprudência pelos jurisdicionados. Com efeito, jurisprudência construída sobre temas de grande repercussão social, objeto de ampla publicidade por veículos de imprensa, sinalizam para um maior reconhecimento e obediência pelos jurisdicionados, fortalecendo a identificação de uma expectativa justa.

O outro requisito exigido pelo §3º, do art. 927, para a aplicação da técnica da modulação de efeitos de alteração de jurisprudência dominante é o interesse social. E o interesse social não é um conceito de fácil delimitação. Pelo contrário, demanda uma “apreciação de natureza política, ou seja, um exame valorativo baseado, até certo ponto, na conveniência e oportunidade”⁶¹⁰.

Todavia, não parece crível que o objetivo da legislação ao prever esse requisito seja atrelar a sua verificação à parte interessada. O que se procura expor é que o atendimento do pressuposto “interesse social” não é atingido simplesmente pela circunstância da confiança vulnerada ser do particular ou do Estado⁶¹¹, é necessário que se comprove a existência de um interesse público primário⁶¹².

⁶⁰⁵ Ibid., 2013. p. 200-212.

⁶⁰⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. op. cit., 2014. p. 431-432.

⁶⁰⁷ EISENBERG, Melvin. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 14, 26 e 370 apud WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (coord). op. cit., 2016. p. 2079-2080.

⁶⁰⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. op. cit., 2016. p. 491-519.

⁶⁰⁹ MACÊDO, Lucas Buri de. op. cit., 2015. p. 403.

⁶¹⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. op. cit., 2004. p. 311.

⁶¹¹ Para Ravi Peixoto (A modulação de efeitos em favor dos entes públicos na superação de precedentes: uma análise da sua (im)possibilidade. **Revista de processo**, v. 246, p. 381-399, ago.2015): “Foi destacado, no tópico 2, a inadequação tanto da afirmativa de que os entes públicos não podem ser sujeitos ativos da segurança jurídica e também acerca da titularidade dos direitos fundamentais. Tudo se resolve sob o prisma do suporte fático. Se, em determinado caso, o ente público preenche os requisitos para a aquisição de determinado direito fundamental, é inegável que ele poderá requerer a sua tutela jurisdicional. Quanto à impossibilidade de proteção do ente estatal pelo princípio da proteção da confiança, no tópico 3, já houve o

A respeito, parece plausível conceber que a caracterização do interesse social reclama ainda demonstração de um “prejuízo significativo à esfera jurídica da(s) parte(s) prejudicada(s)”⁶¹³.

Neste cenário, não há como proceder ao exame da existência desse interesse social sem considerar o conteúdo do direito material envolvido no litígio. Equivale dizer que a espécie de direito material e o grau de prejuízo em sua violação constituem elementos de reflexão e valoração para a medição da legitimidade da pretensão de modulação temporal de efeitos. Assim, esse exercício de ponderação de valores sofre reflexos do direito material atingido. É o que se extrai da doutrina de Frederich Schauer^{614 615}

debate sobre esse tema para demonstrar que essa não é, de forma alguma, uma característica dessa norma jurídica. Ele apenas tem relação com o fato de que, em situações de desigualdade, a parte prevalente tem o domínio da relação jurídica e, por isso, em geral, não teria uma confiança legítima a ser tutelada. [...]. Ao requerer a proteção da confiança legítima em caso de superação daquele entendimento, a base da confiança utilizada pelo ente público não é o texto normativo, mas o posicionamento jurisprudencial. Inexiste uma relação de causalidade entre o seu comportamento e a mudança ocorrida. Há, inequivocamente, uma surpresa para o ente estatal, que confiou no sentido do posicionamento jurisprudencial para adotar suas condutas. [...]. Mais ainda, não se pode impedir que seja realizada a modulação de efeitos em favor do Estado, sob uma suposta alegação de que isso iria incentivar que editasse outros textos normativos inconstitucionais. Além de tal posicionamento presumir a má-fé do ente estatal, o que não é adequado, ele ignora que, na temática dos precedentes, mesmo que o texto venha a ser posteriormente reconhecido por inconstitucional, ele havia sido inicialmente reconhecido como conforme o direito pelo Poder Judiciário. [...]. Além disso, nem sempre haverá uma relação entre um ente público e o ato normativo questionado, mesmo em matéria tributária. Imagine-se um posicionamento favorável aos entes municipais com relação à Lei Complementar do ISS. Eles não tiveram participação direta na elaboração daquele ato normativo. Se, em determinada relação, o ato normativo impugnado tenha sido editado por outro ente federativo, é ainda mais evidente a necessidade de proteção da confiança da Fazenda Pública. Toda a argumentação levantada pela doutrina não seria sequer aplicável, no sentido de impedir a modulação de efeitos na superação de precedentes desfavoráveis aos entes públicos. Por fim, quanto à alegação de cunho pragmático, de que os entes estatais teriam maiores condições de arcar com as consequências de um prejuízo decorrente de uma modulação a eles prejudicial, não parece ser um argumento de caráter impeditivo à modulação em favor dos entes estatais. Isso sem entrar no mérito sobre a veracidade desse argumento, principalmente pensando na possibilidade da litigância entre uma empresa nacional e boa parte dos Municípios brasileiros. Se houver a utilização dessa espécie de argumento, também deveria entrar na equação da modulação de efeitos os possíveis prejuízos financeiros aos entes estatais e os seus reflexos perante os cidadãos. O argumento consequencialista não pode ser completamente abandonado. Isso é evidente. Em certos casos, ele pode ser utilizado em hipóteses onde eventual modulação prejudicial a um ente público simplesmente iria levá-lo a um estado de calamidade pública, por meio da completa insolvência. Mas ele não pode ser trazido como uma espécie de ‘palavra mágica’ apta a forçar que haja a superação prospectiva para uma das partes. [...]. Sendo permitida tanto a utilização da segurança jurídica, como da confiança legítima pelos entes públicos, a superação de precedentes parece ser uma hipótese típica em que, caso sejam preenchidos os seus requisitos, possa beneficiar seja o particular, seja o ente público. Não há nenhuma vedação a priori para que a modulação seja impedida de atuar em favor de qualquer das partes. Tudo se resolve na análise dos seus requisitos sem que haja uma predisposição de atuação para nenhum dos polos da relação jurídica discutida.”

⁶¹² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *op. cit.*, 2004. p. 313.

⁶¹³ PEIXOTO, Ravi. *op. cit.*, 2015. p. 308-309.

⁶¹⁴ SCHAUER, Frederich. *op. cit.*, 2016. p. 49-86.

⁶¹⁵ Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier (*op. cit.*, 2016. p. 285) ressalta esse exercício de valoração: “No interesse social e no da segurança jurídica os efeitos dessa alteração (efeitos da mudança vista como pauta de conduta para casos posteriores àquele que ensejou a mudança!) podem ser modulados (pode haver determinação de como esses efeitos devam projetar-se no tempo e no espaço). A alteração deve ser

Como um valor, previsibilidade não é nem transcendente e nem livre de conflito com outros valores. Entretanto, previsibilidade certamente é, *ceteris paribus*, desejável. Alcançamos previsibilidade, entretanto, apenas ao diminuir nossa habilidade de nos adaptarmos a um futuro mutável. Na linguagem do precedente, seguir um precedente em um dado momento pode produzir uma decisão outra que não a considerada a ideal para os fatos do caso em particular. Onde essa divergência não se manifesta, o efeito do precedente é mínimo. Entretanto, se seguir um precedente produzirá um resultado diferente daquele que seria produzido sem a restrição da norma precedente. E, assim, poderemos reformular a questão? Em que medida um ambiente de tomada de decisão está disposto a tolerar resultados abaixo do ideal para que as pessoas possam planejar suas vidas de acordo com decisões previamente tomadas? (...)

Por exemplo, com que frequência o uso de grandes generalizações impedirá a tomada de decisões com base somente em fatos únicos que seriam dispositivos em um caso em particular? (...)

Assim sendo, o valor da previsibilidade é realmente uma questão de balancear o ganho esperado com o a perda esperada. Perguntamos quão importante é a previsibilidade para aqueles afetados pelas decisões, e depois perguntamos se esse grau de previsibilidade vale o preço da frequência de resultados abaixo do ideal multiplicado pelo custo desses resultados. Entretanto, não existe uma melhor resposta para esta pergunta, pois a resposta irá variar, de acordo com o tipo de decisão que se espera que o julgador faça.

Inclusive, por vezes, o direito material pode ser informado por valores ou princípios aptos a pautarem o exame desse interesse social. É o caso, exemplificativamente, do direito penal, como cediço, deslocado em favor do réu. Desse modo, é razoável a avaliação da possibilidade de modulação temporal de efeitos ser influenciada por essa peculiaridade⁶¹⁶.

Teresa Arruda Alvim^{617 618} ainda alerta que em algumas matérias, às quais se refere como “ambientes decisoriais frouxos”, a alteração da jurisprudência é “extremamente benéfica”, o que denota a influência do direito material na aplicação da modulação de efeitos:

Os princípios basilares que orientam o ambiente decisório também influem de modo determinante nas técnicas usadas na redação das regras positivadas são concebidas. Se o princípio que informa a interpretação do direito, naquele dado ambiente, é o da legalidade estrita, dificilmente haverá normas contendo cláusulas gerais ou pluralidade de dispositivos usando conceitos excessivamente vagos. São, via de regra, realidades que não andam juntas.

Os princípios basilares dos diversos ambientes decisoriais podem recomendar o uso de expressões com textura aberta, e isto, é claro deve influir no espaço de liberdade que tem o juiz para tomar a decisão. É uma

densamente fundamentada e deve ‘valer a pena’: deve-se levar em conta a necessidade de segurança jurídica, de proteção da confiança e isonomia, e, ainda assim, chegar à conclusão de que a mudança de orientação é necessária”.

⁶¹⁶ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 308-309.

⁶¹⁷ ALVIM, Teresa Arruda. op. cit., 2016. p. 263-274.

⁶¹⁸ No mesmo sentido, Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim Wambier. op. cit., 2016. p. 132-136.

técnica que oxigena o direito, permitindo que nele penetrem elementos da realidade externa: sociais, éticos e até científicos.

A alteração da jurisprudência em casos assim nos ambientes decisoriais frouxos, é extremamente benéfica. Deve ser, não simples alteração do direito, mas evolução do direito. É o direito se transmutando, para atender, de forma mais visível, o princípio da dignidade humana.

Situação extremamente diversa é a que ocorre quando a alteração da jurisprudência tem lugar como decorrência da “mudança de opinião” dos juízes. Esta alteração, via de regra, é brusca, não significa, em sentido algum, evolução do direito e inviabiliza de modo definitivo a uniformização, já que decorrente de “fatores pessoais” é extremamente criticável e nociva, ainda mais porque normalmente ocorre em tribunais superiores, cuja função (e razão de ser) é justamente a de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário.

Posto isso, forçoso reconhecer que a análise da possibilidade da aplicação da modulação de efeitos requer a aferição de inúmeros fatores, relativos não apenas a aspectos jurídicos da formação da jurisprudência, como o direito material envolvido e o próprio contexto fático e social.

3.3 Distinção entre modulação temporal de efeitos no controle difuso de constitucionalidade e a modulação temporal de efeitos da alteração de jurisprudência.

Rememora-se que, por meio do Ato n. 379, de 30.9.2009, o Presidente do Senado Federal nomeou uma Comissão de Juristas para apresentar sugestão de Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Essa Comissão, ao apresentar a proposta de redação, alertou, na Exposição de Motivos⁶¹⁹, para a inconsistência da jurisprudência, ou seja, a coexistência de diferentes e incompatíveis posicionamentos nos Tribunais que leva os jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes. Na ocasião, ainda advertiu que essa inconsistência da jurisprudência gera "intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade".

Para solucionar tal problema, o novo Código de Processo Civil propõe em seu art. 926 que, primeiramente, os tribunais busquem a uniformização da jurisprudência para, posteriormente, mantê-la estável.

⁶¹⁹ BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 22.jan.2016.

A Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil sinalizou que tal estabilidade da jurisprudência deve ser vista sob duas perspectivas. A primeira, relativa a um maior esforço de fundamentação para a sua alteração. A outra, que é permitida, sob certas condições, a modulação de efeitos no caso da superação de entendimento jurisprudencial.

Neste cenário, é possível vislumbrar algumas semelhanças e diferenças entre a modulação temporal de efeitos no controle difuso de constitucionalidade e a modulação temporal de efeitos da alteração de jurisprudência do novo Código de Processo Civil.

Entre as características da modulação de efeitos da alteração da jurisprudência presentes na modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade destaca-se a circunstância daquela modalidade também possuir assento constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Por isso, a sua previsão legal igualmente é desnecessária, já que a “sua inserção em texto legal atua apenas no sentido de facilitar aos jurisdicionados o conhecimento das hipóteses em que poderá ser utilizada”⁶²⁰.

Ademais, de modo geral, a concessão de eficácia prospectiva, produto da modulação de efeitos, também possui caráter excepcional⁶²¹ ou, no caso, exige uma fundamentação justificada⁶²².

Por outro lado, a modulação de efeitos do novo Código de Processo Civil pressupõe, em regra, a uniformização e estabilização da jurisprudência, isto é, pressupõe a existência de decisão anterior no mesmo sentido, ao passo que na modulação de efeitos do controle difuso de constitucionalidade, não.^{623 624}

⁶²⁰ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 284.

⁶²¹ Ibid., 2015. p. 284.

⁶²² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. op. cit., 2015. p. 499.

⁶²³ Não obstante, Thiago Rodvalho (Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e modulação dos efeitos. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 10, p. 989-1020, ago.2015) lembra que, eventualmente, pode se vislumbrar decisão anterior em sentido contrário, tal como na modulação temporal de efeitos do novo Código de Processo Civil: “4. Modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional em abstrato pelo STF. [...] Contudo, o problema se coloca mais intensamente quando se está diante de situação em que o STF tenha, primeiramente, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, proclamado a constitucionalidade de uma norma, vindo a, posteriormente, reapreciar a matéria, concluindo, nesse novo julgamento, pela inconstitucionalidade da norma. Nessa hipótese, os efeitos dessa decisão devem ser temperados cum grano salis, pois, a depender da situação concreta, pode se fazer necessária a modulação de seus efeitos. Isto porque, quer em razão da própria presunção de constitucionalidade da norma, quer, especialmente, em razão da aludida decisão positiva proferida pelo STF em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o

Aliás, disso decorre o outro aspecto distintivo nuclear. Importa dizer, enquanto na modulação de efeitos do controle difuso de constitucionalidade a segurança jurídica, por vezes protegida, deriva, em regra, da presunção de constitucionalidade, a segurança jurídica da modulação de efeitos do novo Código de Processo Civil é representada pela confiança gerada pelo entendimento jurisprudencial consolidado. Ou seja, para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a segurança jurídica representada pela confiança de agir conforme o entendimento do Judiciário então vigente à época dos fatos e de que o Judiciário deve seguir seus próprios entendimentos jurisprudenciais⁶²⁵. Para arrematar, a observação de Luiz Guilherme Marinoni:

Quando a decisão de inconstitucionalidade não possui efeitos retroativos, deseja-se preservar as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional, não importando a confiança justificada em qualquer precedente judicial. É somente nesta situação, como é óbvio, que entra em jogo a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais e passa a ser possível questionar, por consequência, a relação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica.

PARTE II – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

4 O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Considerando a proposta de pesquisa, emerge-se necessário examinar alguns aspectos que informam a atuação do Tribunal Superior Eleitoral.

particular, crendo nessa constitucionalidade, terá agido em consonância com ela. Impõe-se, deste modo, que haja respeito à segurança jurídica, à boa-fé e à confiança legítima (Vertrauensschutz) do particular [...]”.

⁶²⁴ Luiz Guilherme Marinoni (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2013. p. 1064) também ressalta a possibilidade de a segurança jurídica eventualmente derivar de precedente: “Porém, há necessidade de não violar a segurança jurídica daquele que se comportou de acordo com a decisão de constitucionalidade. Não se pode esquecer que, no caso de relações continuativas, a decisão opera para o futuro porque a própria ação, tendo de se fundar em nova circunstância, não objetiva alcançar senão as situações que estão por vir. Na verdade, não há como admitir ação direta de inconstitucionalidade ou ‘ação concreta’ para negar situação jurídica formada com base na decisão de constitucionalidade, pois isso seria violar a confiança justificada. Essa apenas cede, excepcionalmente, quando a decisão de constitucionalidade, à época em que a situações se consolidaram, já deixara de ter credibilidade no seio social e no círculo jurídico, hipótese em que será possível atribuir efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade.”

⁶²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., 2015. p. 1845.

4.1 O sistema jurisdicional de controle do processo eleitoral

José Jairo Gomes⁶²⁶ bem lembra que, com a valorização da soberania popular e dos princípios democráticos, foram desenvolvidos sistemas de controle do processo eleitoral, com vistas a tutelar a legitimidade das eleições, coibindo fraudes, abusos e irregularidades.

Entre os modelos existentes, três são especialmente classificados ou nominados. O primeiro, o sistema legislativo, no qual o Poder Legislativo atua como “soberano das eleições, da elegibilidade e investiduras políticas de seus membros, competindo-lhe controlar seus próprios mandatos e as eleições, bem como conhecer e decidir todas as questões e lides ocorrentes”⁶²⁷. Também conhecido como sistema de “verificação de poderes”, é adotado, por exemplo, pelos Estados Unidos da América⁶²⁸. O segundo modelo, é o sistema jurisdicional, no qual as atividades de controle das eleições e investiduras políticas são de responsabilidade da Justiça Comum, de uma jurisdição especializada ou do Tribunal Constitucional. Por fim, há o sistema misto ou eclético, também denominado semiparlamentar ou de tribunal especial, que condensa as peculiaridades do sistema legislativo e jurisdicional⁶²⁹. É o sistema seguido, por exemplo, por Portugal, Itália, França, Espanha, Argentina e Uruguai, cuja atividade de controle recai sobre “órgãos integrados por membros advindos não só do Legislativo, mas também do Executivo e da própria sociedade”⁶³⁰.

O Brasil adota o sistema jurisdicional de controle do processo eleitoral, com a Justiça Eleitoral integrada ao Poder Judiciário, o que, em tese, garante uma maior segurança em relação à lisura do pleito, haja vista que os membros da Justiça Eleitoral não participam da disputa democrática⁶³¹.

Todavia, nem sempre o país seguiu esse modelo. Durante o Império e ainda com o início da República, vigorou o modelo de “verificação de poderes” ou sistema legislativo. Porém, com os vícios no processo de controle, muitas vezes com a distorção da vontade popular, foi criada a Justiça Eleitoral por intermédio do Código Eleitoral de 1932, momento histórico no qual a competência para atuar no processo eleitoral passou ao Judiciário.

⁶²⁶ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 63.

⁶²⁷ Ibid, 2013. p. 63.

⁶²⁸ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 22.

⁶²⁹ GOMES, José Jairo. op. cit., 2013. p. 64.

⁶³⁰ GOMES, Suzana de Camargo. op. cit., 2008. p. 22.

⁶³¹ Ibid., 2008. p. 25.

Todavia, após a sua consagração na Constituição Federal de 1934, a Justiça Eleitoral deixou de ser referida na Constituição Federal de 1937, de perfil totalitária, ficando o controle do processo eleitoral sob a atribuição da Presidência da República. Mas, com a redemocratização, a Justiça Eleitoral foi reestabelecida, primeiro, pelo Decreto-lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945, conhecido como Lei Agamenon, e, posteriormente, consolidada com a Constituição Federal de 1946. Após, seja com a Constituição Federal de 1967, a Emenda n. 1, de 1969, ou a Constituição Federal de 1988, a Justiça Eleitoral permaneceu, tendo até sido editado outro Código Eleitoral através da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.^{632 633}

4.2 O Tribunal Superior Eleitoral como órgão central das eleições

A Justiça Eleitoral, no sistema de controle jurisdicional de controle do processo eleitoral e das investiduras de cargos políticos, ostenta posição central ou de destaque nas eleições. E o Tribunal Superior Eleitoral, como órgão superior desse sistema, assume atribuições e relevantes na orientação e condução da escolha democrática dos representantes públicos, atuando efetivamente na governança eleitoral⁶³⁴.

Neste contexto, o Tribunal Superior Eleitoral possui atuação não apenas jurisdicional, mas enfeixa vastas atribuições atípicas de um órgão do Poder Judiciário, relativas a funções administrativas e, até mesmo, normativas e consultivas.

⁶³² GOMES, José Jairo. op. cit., 2013. p. 64-65

⁶³³ GOMES, Suzana de Camargo. op. cit., 2008. p. 22-23.

⁶³⁴ A terminologia “governança eleitoral” foi cunhada por Shaheen Mozaffar e Andreas Schedler (The Comparative Study of Electoral Governance – Introduction. *Internacional Political Science Review*, 23, p. 5-27, 2002 apud MARCHETTI, Vitor. O “Supremo Tribunal Eleitoral”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 161-178, out.-dez. 2011) e representa o “abrangente número de atividades que cria e mantém o vasto arcabouço institucional no qual se realizam o voto e competição eleitoral”, que engloba os níveis: “(1) formulação das regras (*rule making*), aplicação das regras (*rule application*) e adjudicação das regras (*rule adjudication*)”. Ainda explica: “O *rule making* seria a escolha e a definição das regras básicas do jogo eleitoral. Nesse nível da governança eleitoral é que são determinados, por exemplo, a fórmula eleitoral, os distritos eleitorais, a magnitude das eleições, as datas em que serão realizadas e outras questões legais que permitam aos concorrentes a segurança de como o jogo será jogado. Aqui também são definidas algumas regras que pouca atenção recebem da literatura política, como as regras da (in)elegibilidade e organização dos órgãos responsáveis pela administração das eleições. No *rule application* temos a implementação e o gerenciamento do jogo eleitoral, como, por exemplo, o registro dos partidos, candidatos e eleitores, a distribuição das urnas, os procedimentos a serem adotados no dia das eleições e outras regras que garantam a transparência, a eficiência e a neutralidade na administração do jogo. Podemos dizer que é o nível da administração do jogo eleitoral. Por fim, pelo *rule adjudication* temos a administração dos possíveis litígios entre os competidores, o contencioso eleitoral. Além de dirimir e administrar as controvérsias na disputa eleitoral é nesse nível que se contam os votos e que se publicam os resultados finais da disputa eleitoral.”

A função jurisdicional é a principal e típica função da Justiça Eleitoral, verificada em todas as fases do processo eleitoral, como o alistamento eleitoral, as convenções para a escolha de candidatos, o registro de candidaturas, a propaganda política, a votação e apuração dos votos e a proclamação e diplomação dos eleitos. Mas, excepcionalmente, essa função jurisdicional ainda se estende para momento posterior à diplomação, com o manuseio, por exemplo, da ação de impugnação de mandato eletivo, o recurso contra a diplomação e a ação rescisória eleitoral⁶³⁵.

Essa função jurisdicional geralmente se observa quando presente um conflito de interesses, o que acaba por demandar uma provocação da prestação jurisdicional pela Justiça Eleitoral⁶³⁶. No dizer de Rodrigo Zilio, “a atividade julgadora da Justiça Eleitoral ocorre através da resolução de conflitos na esfera especializada, precipuamente através das ações eleitorais (*lato sensu*)”⁶³⁷.

Segundo o art. 121, da Constituição Federal, cabe à Lei Complementar dispor sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. Assim, essas competências estão disciplinadas no Código Eleitoral, uma lei ordinária recepcionada como lei complementar quanto à matéria competência^{638 639}. No julgamento da Medida Cautelar n. 14150⁶⁴⁰, o Tribunal Superior Eleitoral assentou que “o Código Eleitoral, no que pertinente a organização e funcionamento da Justiça Eleitoral, foi recepcionado como lei complementar”.

Entre as atribuições reservadas ao Tribunal Superior Eleitoral, previstas nos arts. 22 e 23, do Código Eleitoral, aponta-se, por exemplo, a competência para julgar recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais e mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativo a atos dos Ministros de Estado.

Por outro lado, o Tribunal Superior Eleitoral desempenha funções administrativas afetas à organização do processo eleitoral, adotando medidas de preparação e administração

⁶³⁵ BARREIROS NETO, Jaime. **Direito eleitoral**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 120-121.

⁶³⁶ GOMES, José Jairo. op. cit., 2013. p. 68.

⁶³⁷ ZILIO, Rodrigo. **Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas de contas), ações eleitorais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 37.

⁶³⁸ Ibid., 2012. p. 24.

⁶³⁹ COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

⁶⁴⁰ BRASIL Tribunal Superior Eleitoral. Medida Cautelar n. 14150. Resolução n. 14150 de 23/08/94. Rel. Min. Torquato Lorena Jardim. DJ 08/09/94. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

das eleições. Essas competências exigem uma atuação distinta da atividade jurisdicional, que normalmente demanda provocação. O Tribunal Superior Eleitoral, ao exercer funções administrativas, age diante das necessidades provocadas pelas circunstâncias, mesmo inexistindo conflito de interesses para ser solucionado.⁶⁴¹

Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral, como todos os órgãos da Justiça Eleitoral, possui atribuições típicas do Poder Executivo, organizando e administrando as eleições, executando atos diversos sobre alistamento dos eleitores, registro de candidatura, votação e apuração dos votos. Assim, por exemplo, são atribuições da Justiça Eleitoral o cadastramento dos eleitores, “procedendo aos atos de alistamento e transferência, revisão do eleitorado, designação de locais de votação, criação das seções eleitorais e Zonas Eleitorais, nomeação e convocação de mesários e escrutinadores”⁶⁴². Em suma, prepara e administrada todo o denominado processo eleitoral.⁶⁴³

4.3 A importância da segurança jurídica no processo eleitoral

A importância da segurança jurídica no processo eleitoral é evidenciada a partir dos valores ou princípios que informam a preparação e realização de eleições legítimas. Isto é, a segurança jurídica tem a sua relevância como instrumento garantidor de um processo eleitoral livre de incertezas e surpresas e, portanto, perfilhado à finalidade da preservação da soberania popular e do Estado Democrático de Direito.

Não se duvida que a confiabilidade do processo eleitoral, que possui como alicerce o princípio da segurança jurídica, é pressuposto para a legitimidade da escolha do povo de seus representantes.

4.3.1 A Democracia e soberania popular

⁶⁴¹ GOMES, José Jairo. op. cit., 2013. p. 67.

⁶⁴² ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012. p. 36.

⁶⁴³ BARREIROS NETO, Jaime. op. cit., 2013. p. 123.

A democracia constitui uma “forma de regime político, em que se permite a participação do povo no processo decisório e sua influência na gestão dos empreendimentos do Estado”⁶⁴⁴. É o governo da maioria ou a vontade do povo exercida pelo governo⁶⁴⁵.

Já no preâmbulo da Constituição Federal vigente consta a informação de que a Assembleia Constituinte se reuniu para instituir um Estado Democrático. Logo após, no art. 1º, há o registro de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Aliás, não é por outra razão, que o parágrafo único do art. 1º, estabelece que “todo o poder emana do povo”. Outrossim, o art. 34, VII, “a”, prevê o regime democrático como um princípio constitucional sensível, cuja inobservância autoriza o pedido de intervenção federal.

Como se vê, o regime democrático é um dos princípios mais caros da República e a sua efetivação pressupõe a legitimidade do processo eleitoral, ou seja, a intangibilidade dos votos ou a prevalência da vontade do povo a partir da garantia da igualdade entre os candidatos e da segurança jurídica sobre as “regras do jogo”. Não se questiona que surpresas ou alterações injustificadas no processo eleitoral, assim como condutas que representam abuso de poder, podem conduzir a uma eleição desequilibrada, o que macula a soberania popular e o princípio da democracia. João Gabriel Lemos Ferreira⁶⁴⁶ adverte que “como resultado de uma eleição desequilibrada, tem-se uma democracia capenga e fajuta, na qual os mandatários foram escolhidos sob a égide de um sistema viciado. A soberania popular torna-se, pois, uma falácia”.

Destarte, vulnerar a segurança jurídica, representada pela previsibilidade das regras eleitorais, significa, sob determinada perspectiva, fragilizar a democracia, que se traduz como “o mais importante dos princípios para o processo eleitoral, porque sem este não haverá outro, haja vista ele assegurar a legitimidade e a normalidade do conjunto de procedimentos que busca a verdade eleitoral”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Tratado de direito eleitoral**: Tomo I: direito eleitoral material. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 183.

⁶⁴⁵ PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78.

⁶⁴⁶ FERREIRA, João Gabriel Lemos. A nova limitação aos agentes públicos em ano eleitoral: a vedação à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97). **BDM – Boletim de Direito Municipal**. São Paulo: NDJ, ano 24, n. 5, p. 352-361, maio.2008.

⁶⁴⁷ PEREIRA, Erick Wilson. op. cit., 2010. p. 79.

Assim, a segurança jurídica, aliada ao princípio da paridade de armas entre os candidatos, constitui importante ferramenta para a garantia da normalidade das eleições e, por consequência, da preservação do Estado Democrático de Direito e da soberania popular.

4.3.2 Conteúdo punitivo das decisões na Justiça Eleitoral

A segurança jurídica deve ser garantida, não apenas porque o processo eleitoral se relaciona com valores caros para a República, como a democracia e a soberania popular, mas também porque a atuação da Justiça Eleitoral pode atingir a esfera pessoal de direito de cidadãos.

O que se pretende dizer é que a violação de regras do processo eleitoral, provocada por insegurança jurídica, pode ensejar efeitos graves aos interesses do cidadão, candidato ou partido político, uma vez que, na legislação eleitoral, há previsão de aplicação de penalidades administrativas, políticas, cíveis e até penais, conforme a conduta julgada. Basta ver, por exemplo, que muitas condutas tidas como ilegais para a Justiça Eleitoral pode, conforme a situação, ensejar a aplicação de multa pecuniária, a cassação do registro ou do diploma, a aplicação de sanção de inelegibilidade ou, até mesmo, a incidência de pena restritiva de liberdade.

Desse modo, a previsibilidade do direito e a proteção da legítima confiança dos agentes figurantes do processo eleitoral se revelam necessárias para a tutela de um processo judicial ou administrativo justo, uma das expressões do devido processo legal, que possui assento constitucional.

4.3.3 O princípio da anualidade

A importância acentuada da segurança jurídica para o direito eleitoral é verificada com a previsão de um peculiar princípio na Constituição Federal, vale dizer, o princípio da anualidade, insculpido no art. 16: “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Originariamente, o art. 16, da Constituição Federal, previa que “a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação”. Assim, com a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 4, de 14 de setembro de 1993, optou-se por admitir a vigência imediata, mas com eficácia postergada, ou seja, com intervalo de pelo menos um ano entre a existência válida da nova regra e a eleição em face da qual pretende ser aplicada. Como cediço, vigência da lei não significa necessariamente a sua eficácia (aplicação)⁶⁴⁸.

Segundo a doutrina, o princípio da anualidade do direito eleitoral “se fundamenta na segurança jurídica exigida por toda a coletividade e, também, pelos participantes do processo eleitoral”. O objetivo do princípio é coibir alterações casuísticas, afastando, tanto quanto possível, a influência de interesses pessoais e privados, assim como a interferência do abuso de poder político e econômico⁶⁴⁹, especialmente dos grupos dominantes⁶⁵⁰, que tenham por objetivo beneficiar candidato, partido ou coligação⁶⁵¹.

Não divergindo, o Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3345⁶⁵²:

[...] PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE ELEITORAL: SIGNIFICADO DA LOCUÇÃO "PROCESSO ELEITORAL" (CF, ART. 16). - A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais. Precedentes. [...].

Sob outra perspectiva, tem-se que o princípio da anualidade representa valioso instrumento de tutela da democracia, uma vez que proíbe surpresas aos diversos atores da disputa eleitoral, na medida em que possibilita o conhecimento prévio das regras do certame, inclusive para que as entidades partidárias deliberem sobre os seus projetos e estratégias⁶⁵³.

⁶⁴⁸ DANTAS, Silvanildo de Araújo. **Direito eleitoral**: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras. Curitiba: Juruá, 2005. p. 217.

⁶⁴⁹ ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012. p. 26.

⁶⁵⁰ PEREIRA, Erick Wilson. op. cit., 2010. p. 78.

⁶⁵¹ DANTAS, Silvanildo de Araújo. op. cit., 2005. p. 217.

⁶⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3345. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento 25/08/2005. DJe 20/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁶⁵³ PEREIRA, Erick Wilson. op. cit., 2010. p. 77.

Fala-se, ainda, que tal princípio protege as “relações político-eleitorais que ocorrem dentro do procedimento das eleições, pois assegura a inquebrantabilidade da isonomia das regras do pleito”⁶⁵⁴.

Importante registrar que o princípio da anualidade eleitoral atinge indistintamente as diversas formas de lei, adotando-se um conceito amplo, que abrange tanto a lei ordinária, a lei complementar como a emenda constitucional^{655 656}. No entanto, esse princípio não incide a toda e qualquer lei. Segundo a própria redação do dispositivo, restringe-se à “lei que alterar o processo eleitoral”. Mas é obrigatório advertir que persiste dúvida na doutrina e a jurisprudência não é sedimentada sobre o alcance da expressão “processo eleitoral”.

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira⁶⁵⁷ defendem a adoção de um conceito amplo de processo legislativo. Para eles, apoiado nos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Aldir Passarinho, proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 354⁶⁵⁸, o processo legislativo não pode ser compreendido como a norma processual eleitoral, mas, sim, como o processo que compreende desde o alistamento dos eleitores, passando pelo registro dos candidatos, a propaganda, a votação, a apuração e a proclamação, até a diplomação dos eleitos, incluindo, ainda, a legislação partidária. No mesmo sentido, Rodrigo Zilio⁶⁵⁹ afirma que o conceito de processo eleitoral deve ostentar uma suficiente amplitude, com vistas a coibir modificação de última hora, em face de

⁶⁵⁴ DANTAS, Silvanildo de Araújo. op. cit., 2005. p. 218.

⁶⁵⁵ Conforme Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. Julgamento 22/03/2006. DJ 10/08/2006 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016): “[...] 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). [...] Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) [...]”.

⁶⁵⁶ ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012. p. 27.

⁶⁵⁷ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. op. cit., 2008. p. 44-45.

⁶⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 354. Rel. Min. Octavio Gallotti. Pleno. Julgamento 24/09/1990. DJ 22/06/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁶⁵⁹ ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012. p. 32.

quaisquer dos sujeitos envolvidos nas eleições. Para o autor, a proteção do princípio da anualidade se adéqua a normas de caráter material e, não, instrumental. Nesse diapasão, almeja-se proteger regras relativas à “convenção partidária, passando, necessariamente, pelo pedido de registro de candidato (...), regras de arrecadação e gastos de campanha, propaganda eleitoral e, também, pelo momento do voto e do escrutínio, culminando com a diplomação dos eleitos”.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3345⁶⁶⁰, o Supremo Tribunal Federal reproduziu um conceito amplo semelhante:

[...] O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. [...].

Porém, necessário o esclarecimento trazido no voto condutor do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3741⁶⁶¹:

[...] Esta Corte já teve a oportunidade de estabelecer o alcance do princípio da anterioridade, por ocasião do julgamento da ADI 3.345, relatada pelo Ministro Celso de Melo, assentando que “a norma inscrita no artigo 16 da Carta Federal, consubstanciadora do princípio da anterioridade da lei eleitoral, foi enunciada pelo Constituinte com o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romperem a igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais: as agremiações partidárias, de um lado, e os próprios candidatos, de outro. O STF, no entanto, deu o devido temperamento ao contingenciamento temporal a que deve submeter-se a legislação eleitoral, afirmando, no julgamento daquela ADI, que “a função inibitória desse postulado só se instaurará quando a lei editada pelo Congresso Nacional importar em alterações do processo eleitoral.

⁶⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3345. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento 25/08/2005. DJe 20/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁶⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3741. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Pleno. Julgamento 06/08/2006. DJ 23/02/2207. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

Naquele julgamento, ademais, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que só se pode cogitar de comprometimento do princípio da anterioridade, quando ocorrer: 1) o rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; 2) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; 3) a introdução de fator de perturbação do pleito; ou 4) a promoção de alteração motivada por propósito casuístico. [...]

Perfilhando-se ao posicionamento acima transcrito, Silvanildo de Araújo Dantas⁶⁶² defende que a proibição de aplicação da alteração antes do transcurso do período em comento deve incidir nos procedimentos que possam influenciar diretamente as regras das eleições, provocando “uma alteração na realidade fática do processo das eleições”. Defende, de outro lado, a inaplicabilidade da vedação contida no princípio às leis que venham “apenas imprimir operatividade ao pleito”.

De qualquer modo, verifica-se, em síntese, que o princípio da anualidade da lei eleitoral objetiva a garantir a segurança jurídica do processo eleitoral, proibindo modificações abruptas, capazes de fragilizar a igualdade entre os candidatos e o princípio democrático.

4.4 A função orientadora do Tribunal Superior Eleitoral como garantia da segurança jurídica

Como acima exposto, a segurança jurídica assume posição de destaque no processo eleitoral, não apenas porque representa um pressuposto para a preservação de valores centrais da República, como a democracia e a soberania popular, mas também porque as regras eleitorais devem ser suficientemente claras, na medida em que o seu descumprimento importa graves sanções aos jurisdicionados ou atores da eleição.

Nesse contexto, torna-se incontornável o reconhecimento da importância da função orientadora do Tribunal Superior Eleitoral para a efetiva garantia a segurança jurídica no processo eleitoral, com o afastamento de surpresas aos cidadãos, candidatos e partidos políticos, e de influências indevidas no pleito.

Assim, didaticamente, é possível classificar o exercício da função orientadora pelo Tribunal Superior Eleitoral por meio das atividades atípicas, normativa e consultiva, e por meio da atividade típica jurisdicional.

⁶⁶² DANTAS, Silvanildo de Araújo. op. cit., 2005. p. 217.

4.4.1 A função atípica normativa

Seguindo a tradicional classificação, as fontes do direito eleitoral se dividem em fontes materiais e formais. As primeiras, representam os órgãos ou entidades competentes para elaborar as regras. Já as últimas retratam a “maneira como o direito se apresenta ou se externa, ou como se faz conhecer e divulgar”⁶⁶³.

Em relação à fonte material, cabe lembrar que, consoante art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral. Porém, segundo Jair Eduardo Santana e Fábio Luís Guimarães⁶⁶⁴, isso não exclui a possibilidade dos demais entes federados, por força da interpretação do art. 14, combinado com os arts. 25 e 29, da Constituição Federal, que tratam das competências dos Estados-membros e Municípios, legislarem sobre mecanismos de democracia semidireta.

De outro lado, quanto às fontes formais, entende-se que as principais são a Constituição Federal e as leis complementares e ordinárias. O Texto Constitucional reserva o Capítulo IV, do Título II, para tratar dos “direitos políticos”, e a Seção VI, do Capítulo III, do Título IV, para tratar “dos tribunais e juízes eleitorais”. Por sua vez, o art. 14, §9º, estipula que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação”, e o art. 121, determina que “lei complementar disporá sobre a organização e competências dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”. O diploma a que se refere o art. 14, §9º, é a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, e a matéria citada pelo art. 121, é objeto de regulamentação pelo Código Eleitoral, que, apesar de ser uma lei ordinária, quanto aos temas específicos, foi recepcionado pela Constituição Federal vigente como lei complementar⁶⁶⁵. Já entre as principais leis ordinárias de interesse ao direito eleitoral, pode se destacar a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, conhecida como Lei das Eleições, e a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, conhecida como Lei dos Partidos Políticos.

⁶⁶³ BERNARDI, Dieison Picin Soares. **Curso didático de direito eleitoral**: de acordo com a Lei 12.891, de 11.12.2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 42

⁶⁶⁴ SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luís. **Direito eleitoral**: para compreender a dinâmica do poder político. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 101-102.

⁶⁶⁵ MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito eleitoral**. 7. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 51.

Neste cenário, a doutrina ainda costuma apontar que a Justiça Eleitoral, além da atividade típica de julgar, desempenha atividades atípicas, como de legislar⁶⁶⁶ e administrar. E, especificamente quanto à atividade legislativa, lembra que, como qualquer órgão judicial, a Justiça Eleitoral tem o poder normativo de disciplinar internamente os seus serviços e servidores⁶⁶⁷, inclusive expedindo o próprio regimento interno⁶⁶⁸.

Outrossim, ainda que a doutrina majoritária⁶⁶⁹ não reconheça a qualidade de uma das fontes principais do direito eleitoral, Jair Eduardo Santana e Fábio Luís Guimarães⁶⁷⁰ defende posição de destaque às instruções normativas expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para regulamentar a legislação eleitoral. Roberto Moreira de Almeida⁶⁷¹, inclusive, refere-se a elas como “uma das fontes de maior importância do Direito Eleitoral”. Essas instruções normativas até mesmo são apontadas como o meio em que a atividade normativa da Justiça Eleitoral assume “maior intensidade”⁶⁷².

O Tribunal Superior Eleitoral expede tais instruções normativas em caráter privativo⁶⁷³, com base em diversos dispositivos legais. Por exemplo, o art. 1º, parágrafo único, do Código Eleitoral, consagra que “o Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução”. Já o art. 23, IX, do mesmo Diploma, indica que compete ao Tribunal Superior Eleitoral “expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”. O art. 105, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, denominada Lei das Eleições, determina que “até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução (...)”. Por sua

⁶⁶⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

⁶⁶⁷ ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012. p. 36-37.

⁶⁶⁸ COSTA, Tito. op. cit., 2010. p. 36.

⁶⁶⁹ BERNARDI, Dieison Picin Soares. op. cit., 2014. p. 43

⁶⁷⁰ SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luís. op. cit., 2012. p. 102.

⁶⁷¹ ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de direito eleitoral**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 49

⁶⁷² ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012. p. 37.

⁶⁷³ Conforme voto do Rel. Min. do Tribunal Superior Eleitoral Henrique Neves (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 64770. Julgamento 09/09/2014. PSESS 09/09/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016): “[...] Certo, porém, é que a competência para regulamentar as disposições da legislação eleitoral é exclusiva e privativa do Tribunal Superior Eleitoral, razão pela qual este Tribunal já decidiu não ser possível aos Tribunais Regionais Eleitorais imporem, por meio de resolução que se assemelha à instrução, exigências que não estão contidas na legislação eleitoral ou nas instruções baixadas pelo TSE, como se vê: ‘Representação recebida como petição. Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT). Liminar. Deferimento. Suspensão dos efeitos da Resolução n° 14.16412006, editada pelo Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. Usurpação de atribuição reservada por lei ao Tribunal Superior Eleitoral (Lei n° 9.504/97, art. 105). Pedido deferido para considerar nula a Resolução n° 14.164 do TRE/AL. Liminar confirmada. (PET n° 1776, Resolução n° 22.204 de 18.5.2006, rei. Mm. José Gerardo Grossi, DJ de 13.6.2006.)’.”

vez, o art. 61, da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, conhecida como Lei dos Partidos Políticos, prevê que “o Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei”.

Não obstante, o assunto reserva profundas polêmicas.

A primeira, diz respeito à própria constitucionalidade, ou não, dos dispositivos legais que autorizam o Tribunal Superior Eleitoral a expedir instruções normativas. Para Eneide Desirre Salgado⁶⁷⁴ é questionável a constitucionalidade, uma vez que a Constituição Federal em nenhum dispositivo faz alusão a esse poder do Tribunal Superior Eleitoral. Aliás, lembra que a Constituição menciona o poder normativo apenas do Conselho Nacional de Justiça, conforme arts. 103-B, §4º, I. Em relação à Justiça do Trabalho recorda que a Emenda Constitucional n., de 30 de dezembro de 2004, reduziu o seu poder regulamentar, ao modificar a o art. 114, §2º. Com efeito, para a autora, se há previsões constitucionais específicas para o exercício de poder regulamentar ou normativo, não há razão para a Justiça Eleitoral, sem esse amparo expresso, buscar o aprimoramento da legislação. Todavia, embora o esforço argumentativo da autora, o seu posicionamento não prevalece. Trata-se de posicionamento minoritário na doutrina e sem apoio na jurisprudência.

Por outro lado, discute-se a força normativa dessas resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Consoante adverte Jaime Barreiros Neto⁶⁷⁵:

Muito embora as limitações ao poder regulamentar exercido pelo Executivo, em matérias gerais, sejam razoavelmente evidenciadas pela doutrina e pela jurisprudência, no âmbito da matéria eleitoral tais limites sempre foram polemizados, a partir do questionamento, sempre presente, acerca da possibilidade ou não, de criação, pelo Tribunal Superior Eleitoral, de resoluções desvinculadas da lei, geradoras de sanções e restrições de direitos distintas daquelas previstas nas normas jurídicas produzidas pelo Poder Executivo.

Apesar de não ser tema pacífico, Tito Costa⁶⁷⁶ aponta que “suas resoluções costumam ter força de lei geral”. A seu turno, Ingrid Sartório Cheibud⁶⁷⁷ lembra que o Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou no sentido de suas resoluções terem “força de lei ordinária”. E, de

⁶⁷⁴ SALGADO, Eneide Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 217-221.

⁶⁷⁵ BARREIROS NETO, Jaime. Op. cit., 2013. p. 125.

⁶⁷⁶ COSTA, Tito. Op. cit., 2010. p. 37.

⁶⁷⁷ CHEIBUD, Ingrid Sartório. **Leis eleitorais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 180.

fato, no acórdão do Recurso Especial Eleitoral n. 1943⁶⁷⁸ restou consignado: “as resoluções do TSE, facultadas nos arts. 12, “d” e “t”, e 196, do Código, tem força de lei geral e a ofensa a sua letra expressa motiva recurso especial, nos termos do art. 167, do Código”⁶⁷⁹ ⁶⁸⁰. Francisco Dirceu de Barros⁶⁸¹ até mesmo classifica as resoluções em ato normativo primário ou secundário. O primeiro, quando “cria uma norma para regulamentar uma situação nova” e, por isso, segundo seu entendimento, “pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, porque essa norma tem força de lei ordinária”. O segundo, “quando a resolução “apenas interpreta uma norma já existente” e, assim, para ele, “não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, pois o ato é puramente interpretativo”.

No entanto, como bem explica José Jairo Gomes⁶⁸², “ter força de lei não é o mesmo que ser lei!”. Conforme sua lição, “o ter força, aí, significa gozar do mesmo prestígio, deter a mesma eficácia geral e abstrata atribuída às leis. Mas estas são hierarquicamente superiores às resoluções pretorianas”. Para o estudioso, esse entendimento se justifica diante do princípio da legalidade, que proclama que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei.

⁶⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 1943. Rel. Min. Pedro Paulo Pena e Costa. Acórdão n. 823 de 24/04/1952. Publicado em sessão 10/07/1952. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁶⁷⁹ No mesmo sentido, o voto do Rel. Min. do Tribunal Superior Eleitoral Gilmar Mendes (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 24830. Julgamento 09/12/2004. DJ 18/02/2005. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016): “[...] Observe-se que há, sim, previsão legal para a aplicação da multa. Afinal, a Resolução-TSE nº 21.576 possui força de lei, ao contrário do afirmado pela Agravante. Como bem asseverado pelo Ministério Público, em seu parecer, “[...] não se pode falar em ofensa ao princípio da reserva legal decorrente do cumprimento de instrução lavrada pelo Tribunal Superior Eleitoral que regula e especifica a aplicação do art. 33 da Lei n. 9.504/97, quando é o próprio Código Eleitoral que prevê tal possibilidade, mais precisamente, em seu art. 23, incisos IX e XVIII (fl. 193).”

⁶⁸⁰ Segundo o voto do Rel. Min. do Tribunal Superior Eleitoral José Antônio Dias Toffoli (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo n. 163959. Julgamento 14/10/2014. DJe 04/11/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016): “[...] anoto que o Código Eleitoral outorgou competência privativa a este Tribunal Superior Eleitoral para expedir atos normativos para regulamentar as eleições e demais providências à execução da legislação eleitoral. Veja-se: [...] Nesse ponto leciona Roberto Rosas sobre o tema: ‘Ao Tribunal Superior Eleitoral compete privativamente a expedição de instruções que julgar conveniente à execução do Código Eleitoral (CE, artigo 23, IX). Essas instruções, quando são expedidas por meio de resoluções, têm força de lei, e quando violadas por decisão de tribunais regionais permitem o recurso especial. Essa é uma das fases da competência normativa ou regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, às vezes, até competência legislativa. (grifos não constam do original)’. Por outro lado, a legislação imprimiu caráter subordinativo aos Tribunais e Juízes Eleitorais para o fiel e imediato cumprimento dos atos editados pelo Tribunal Superior Eleitoral. É o que prescreve o art. 21 do Código Eleitoral: [...]”

⁶⁸¹ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito eleitoral**: teoria, jurisprudência e 600 questões. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 9.

⁶⁸² GOMES, José Jairo. op. cit., 2013. p. 70.

Este entendimento se confirma com a nova redação do art. 105, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, dada pela Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009. Nela ficam expressos os limites do poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral, no qual “o poder regulamentar da Justiça Eleitoral é limitado, não podendo estabelecer restrições a direitos sem embasamento legal”^{683 684 685 686 687}. Olivar Coneglian⁶⁸⁸ até mesmo atesta que “em verdade, as modificações, introduzidas neste artigo pela Lei 12.034/09, constituem um chamado de atenção à própria Justiça Eleitoral, que em suas últimas resoluções criou restrições não previstas em lei”.

Posto isso, necessário apontar que, de modo geral, a doutrina sinaliza que as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, com função regulamentar, além do dever de obedecer o princípio da proporcionalidade e razoabilidade⁶⁸⁹, dirigem-se a “interpretar e esmiuçar a legislação eleitoral”, tendo “caráter de orientação aos participantes do pleito com o

⁶⁸³ BARREIROS NETO, Jaime. **Código eleitoral**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 241.

⁶⁸⁴ No mesmo sentido, Roberto Moreira de Almeida (op. cit., 2013. p. 49): “De grande valia as resoluções emanadas do Tribunal Superior Eleitoral. Estão relacionadas ao poder normativo da Justiça Eleitoral, cujo respaldo legal está encartado nos arts. 1º, parágrafo único c/c art. 23, inc. IX do Código Eleitoral. Entendemos que, não obstante figurem como uma das fontes de maior importância do Direito Eleitoral, devem ser editadas no exercício do poder regulamentar, ou seja, como norma ‘secundum legem’. (...) Na prática, todavia, tem-se observado crescente expansão da atividade regulamentar do TSE, com a edição de resoluções com conteúdo de norma autônoma não emanada do Congresso Nacional, o que fez, certamente, alguns doutrinadores a classificarem tais atos normativos como fontes primárias ou diretas de Direito Eleitoral.”

⁶⁸⁵ A respeito, Paulo Henrique Lucon e José Marcelo Menezes Vigliar (op. cit., 2013. p. 39) lecionam que “o poder normativo é uma das funções atípicas do Poder Judiciário (que possui como função precípua, em linhas gerais, o julgamento, aplicando a lei ao caso concreto). Porém, é com base na expedição das instruções e resoluções eleitorais que se conseguem editar regras detalhadas de todo o processo eleitoral. Por óbvio, o poder normativo não pode ser contrário à lei, mas em consonância com o ordenamento jurídico.”

⁶⁸⁶ Como bem anota Rodrigo Zilio (op. cit., 2012. p. 25): “Nesse sentido, o art. 105 da LE, com nova redação dada pela Lei nº 12.034/09, é expresso ao consignar que a resolução a ser expedida pelo TSE deverá atender ao ‘caráter regulamentar’ e não pode ‘restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas em lei’.”

⁶⁸⁷ Por fim, para Cintia Garabini Lages e Renata Mantovani de Lima (A legitimidade da atuação do Tribunal Superior Eleitoral no exercício das funções consultiva e normativa. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 13, n. 18, p. 101-117, jul/dez.2015): “Por sua vez, a edição de resoluções contendo instruções normativas de caráter geral e abstrato deve se restringir às hipóteses de regulamentação da função executiva relativa ao processo de eleição dos membros dos poderes Legislativo e Executivo, não podendo dispor sobre normas gerais de direito eleitoral ou processo eleitoral, que importem em inovação do ordenamento jurídico. Assim, a atividade normativa legítima dos tribunais restringe-se ao seu poder de auto-organização (art. 96, inc. I, da Constituição Federal) ou ao poder de editar resoluções para o fiel cumprimento da legislação existente, cuja efetivação compete aos órgãos eleitorais, segundo os limites atribuídos ao Poder Executivo relativos ao poder de edição de decretos para a fiel execução da lei (art. 84, da Constituição Federal). A edição de resoluções inovadoras, cujo objeto reproduz resposta formulada por partidos políticos através de consultas hipotéticas, importa em usurpação da competência legislativa e apresenta-se ilegítima no contexto de uma ordem jurídica democrática.”

⁶⁸⁸ CONEGLIAN, Olivar. **Radiografia da lei das eleições 2010**: comentários a Lei 9.504/97, com as alterações das Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06 e 12.034/09. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 507.

⁶⁸⁹ CHEIBUD, Ingrid Sartório. op. cit., 2012. p. 180.

desiderato de dirimir dúvidas e prestar esclarecimentos sobre a legislação eleitoral”⁶⁹⁰. Em outras palavras, esses normativos do Tribunal Superior Eleitoral “compilam tematicamente disposições de lei (reproduzindo o texto legal em seus artigos) e, de outro lado, esclarecem-nas, no sentido de garantir a sua fiel execução”⁶⁹¹. Conforme Eneida Desiree Salgado⁶⁹²:

A atuação do Tribunal Superior Eleitoral em matéria de resoluções, se admitida (inobstante a sua inconstitucionalidade), deve se subordinar à noção de função regulamentar de maneira estrita: aquela em que não há espaço para discricionariedade qualquer, mas apenas se deve desdobrar, especificar o que a lei determina de modo genérico. Dessa forma, as resoluções eleitorais devem se restringir a esclarecer datas, competências e procedimentos para a eleição específica que será disputada, facilitando a compreensão da legislação eleitoral. Apenas isso.

Destarte, as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral “regulamentam e/ou disciplinam matéria eleitoral, explicando as normas eleitorais e seus objetivos e especificando os requisitos e procedimentos adequados para cada caso”⁶⁹³, em última instância, acabam prestigiando a segurança jurídica. Conforme José Jairo Gomes, “mencionadas resoluções enfeixam relevante atribuição na operacionalidade do Direito Eleitoral, na medida em que “consolidam a copiosa e difusa legislação em vigor”. Com isso, proporcionam “mais segurança e transparência na atuação dos operadores desse importante ramo do Direito”⁶⁹⁴.

Por derradeiro, deve-se alertar que as resoluções de regulamentação, expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, não se sujeitam ao princípio da anualidade, encartada no art. 16, da Constituição Federal, pois, repita-se, não são lei propriamente dita, isto é, não seguem ao processo legislativo regular para a criação de uma lei⁶⁹⁵. Na verdade, a data de 5 de março do ano eleitoral configura um “marco temporal”⁶⁹⁶, fixado como limite para a expedição das resoluções. Qualquer resolução baixada e publicada após esse termo final, previsto no art. 115, §3º, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, não poderá ser aplicada à eleição vindoura⁶⁹⁷.

Do exposto, forçoso concluir que o Tribunal Superior Eleitoral assume, por meio do exercício da atividade atípica normativa, representada pela expedição de instruções que

⁶⁹⁰ ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012. p. 25.

⁶⁹¹ BERNARDI, Dieison Picin Soares. op. cit., 2014. p. 44.

⁶⁹² SALGADO, Eneida Desiree. op. cit., 2010. p. 237.

⁶⁹³ CHEIBUD, Ingrid Sartório. op. cit., 2012. p. 180.

⁶⁹⁴ GOMES, José Jairo. op. cit., 2013. p. 70.

⁶⁹⁵ CHEIBUD, Ingrid Sartório. op. cit., 2012. p. 181.

⁶⁹⁶ SALGADO, Eneida Desiree. op. cit., 2010. p. 240.

⁶⁹⁷ CONEGLIAN, Olivar. op. cit., 2010. p. 508.

regulamentam a lei eleitoral, notória função orientadora aos personagens do processo eleitoral, como os cidadãos, os candidatos, os partidos políticos e os demais órgãos da Justiça Eleitoral. Sepúlveda Pertence⁶⁹⁸ prefere ressaltar que tal atividade normativa “grande utilidade na uniformização da interpretação da lei eleitoral, ainda mais na Justiça Eleitoral que é 90% (noventa por cento) administração e 10% (dez por cento) jurisdição”.

4.4.2 A função atípica consultiva

Cabe recordar que uma das características fundamentais da Justiça Eleitoral é o exercício, especialmente pelo seu órgão de cúpula, de múltiplas funções, não se limitando à atividade-fim típica de prestar a tutela jurisdicional. Assim, como exposto alhures, o Tribunal Superior Eleitoral executa também atribuições administrativas, normativas e consultivas⁶⁹⁹.

Apesar de Tito Costa⁷⁰⁰ defender que a Justiça Eleitoral exerce atividade normativa ou regulamentar ao responder consultas eleitorais⁷⁰¹, é usual classificar essa atividade desempenhada pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Tribunais Regionais Eleitorais como atividade específica, distinta, por suas características peculiares, da função normativa.

Neste plano, a função designada consultiva é exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral com base na autorização prevista no art. 23, XII, do Código Eleitoral, a qual estipula que compete privativamente ao órgão “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político”. Por sua vez, o art. 30, do mesmo Código, anota que compete privativamente aos Tribunais Regionais, “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político”.

Vê-se, assim, que a atividade desenvolvida pela Justiça Eleitoral ao responder às consultas em tese, distancia-se da regra geral de que não compete ao Judiciário resolver questões abstratas, dissociadas de uma lide, que geralmente são objetos de enfrentamento pela

⁶⁹⁸ PERTENCE, Sepúlveda. Entrevista. **Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out/dez.2011.

⁶⁹⁹ ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012. p. 36.

⁷⁰⁰ COSTA, Tito. op. cit., 2010. p. 35-36.

⁷⁰¹ Inclusive, “não é incomum que as opiniões da corte eleitoral referentes às consultas formuladas seja definidas de modo vinculante através da sua veiculação como instruções, de caráter geral e abstrato, na forma de resoluções” (LAGES, Cintia Garabini; LIMA, Renata Mantovani de. op. cit., p. 101-117, jul/dez.2015).

doutrina^{702 703}. Nela, é desnecessária a existência de lesão e ameaça a direito e também não se aplica os princípios da ampla defesa e do contraditório⁷⁰⁴.

O estudo das consultas eleitorais envolve diversos aspectos, mas, especialmente, os seus requisitos, a força vinculativa ou persuasiva das respostas e a finalidade do instrumento processual.

Em relação aos requisitos legais, verifica-se que são basicamente dois: a) formulação da consulta por autoridade competente e b) consulta em tese^{705 706}. Quanto à legitimidade do consulente, em relação ao Tribunal Superior Eleitoral, exige-se que a consulta seja formulada por “autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político”. Assim, por exemplo, o Tribunal Superior Eleitoral não conhece de consultas realizadas por vereador⁷⁰⁷, prefeito⁷⁰⁸, advogados⁷⁰⁹, partido político sem registro no Tribunal Superior Eleitoral⁷¹⁰, deputado estadual⁷¹¹ ou Presidente de Tribunal Regional Eleitoral⁷¹². De outro lado, quanto ao requisito de que a consulta seja em tese, identificam-se inúmeros precedentes. Em linhas

⁷⁰² BARREIROS NETO, Jaime. op. cit., 2013. p. 126.

⁷⁰³ MARCHETTI, Vitor. op. cit., p. 161-178, out/dez.2011.

⁷⁰⁴ LAGES, Cintia Garabini; LIMA, Renata Mantovani de. op. cit., p. 101-117, jul/dez.2015.

⁷⁰⁵ ALMEIDA, Roberto Moreira de. op. cit., 2013. p. 50.

⁷⁰⁶ GOMES, José Jairo. op. cit., 2013. p. 71.

⁷⁰⁷ “Ementa: [...] 1. Nos termos do art. 23, XII, do Código Eleitoral, compete ao Tribunal Superior Eleitoral responder às consultas formuladas por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político. 2. No caso, a consulta foi formulada por vereadora do Município de Taubaté/SP, que não detém legitimidade ativa. 3. Consulta não conhecida”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 13462. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 05/05/2016. DJe 10/06/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷⁰⁸ “Ementa: [...] 1. Nos termos do art. 23, XII, do Código Eleitoral, compete ao Tribunal Superior Eleitoral responder às consultas formuladas por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político. 2. Na espécie, a consulta foi formulada pelo Prefeito do Município de Rio Claro/RJ, que não detém legitimidade para tanto. 3. Consulta não conhecida”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 116236. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento 18/09/2014. DJe 07/10/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷⁰⁹ “Ementa: [...] Ilegitimidade do Consulente. Consulta subscrita apenas por advogados. Inobservância dos requisitos contidos no inc. XII do art. 23 do Código Eleitoral. Pedido indeferido”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 131863. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento 09/12/2010. DJe 11/02/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷¹⁰ Ementa: [...] Não se conhece de consulta formulada por parte ilegítima, no caso, partido político sem registro no TSE. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1691. Rel. Min. Marcelo Ribeiro de Oliveira. Resolução n. 23120 de 25/08/2009. DJe 21/09/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷¹¹ “Ementa: Consulta formulada por deputada estadual. Parte ilegítima. Não-conhecimento. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1337. Rel. Min. José Augusto Delgado. Julgamento 01/08/2006. DJ 11/08/2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷¹² “Ementa: [...]2. No caso dos autos, a consulta foi formulada por Presidente de Tribunal Regional Eleitoral, o qual não detém legitimidade ativa. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 16519. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento 12/05/2015. DJe 10/06/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

gerais, o Tribunal Superior Eleitoral não conhece de consultas formuladas com base em caso concreto^{713 714}. Mas também não conhece de consultas após início do período eleitoral, sob a justificativa de que a situação poderá ser objeto de apreciação pelo Tribunal em caso concreto^{715 716}. Significa dizer, “como somente é possível conhecer de consulta formulada em tese, o entendimento é que a Justiça Eleitoral somente responde consultas até o período anterior à realização das convenções partidárias”⁷¹⁷.

Outrossim, o Tribunal Superior Eleitoral firmou jurisprudência restringindo a apreciação de consultas a matérias de natureza eleitoral⁷¹⁸, não conhecendo, por exemplos, questões administrativas^{719 720} ou essencialmente constitucionais⁷²¹.

⁷¹³ “Ementa: [...] 1. Nos termos do art. 23, XII, do Código Eleitoral, compete ao Tribunal Superior Eleitoral responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político. 2. No caso, a consulta versa sobre caso concreto. 3. Consulta não conhecida”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 30383. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 10/05/2016. DJe 10/06/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷¹⁴ Ementa: [...] 1. Não cabe resposta a questionamento formulado com evidências de caso concreto. Precedentes. 2. Ademais, hipótese semelhante já foi enfrentada pelo Plenário deste Tribunal Superior, o que demonstra tratar-se de mera reiteração e, também, impede o conhecimento da consulta. 3. Consulta não conhecida. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 41382. Rel. Min. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Julgamento 01/12/2015. DJe 14/03/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷¹⁵ “Ementa: [...] 1. Iniciado o período em que autorizada a propaganda eleitoral nas eleições de 2012, o conhecimento da consulta pode resultar em eventual pronunciamento sobre caso concreto.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 10721. Rel. Min. Gilson Dipp. Julgamento 16/08/2012, DJe 23/08/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷¹⁶ “Ementa: [...] 1. Iniciado o processo eleitoral, não se conhece de consulta, porquanto seu objeto poderá ser apreciado pela Justiça Eleitoral, em caso concreto. 2. Consulta não conhecida”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1694. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 26/08/2014. DJe 10/09/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷¹⁷ ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012. p. 398.

⁷¹⁸ “Ementa: [...] 1. Nos termos do art. 23, XII, do Código Eleitoral, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para responder a consulta refere-se apenas à matéria eleitoral. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1588. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Resolução n. 22798 de 15/05/2008. DJ 18/08/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷¹⁹ “Ementa: [...] Consulta formulada por parte ilegítima, que trate de matéria administrativa ou que vise à solução de caso concreto, não deve ser conhecida. [...]” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 60724. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 05/09/2013. DJe 01/10/2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷²⁰ “Ementa: [...] 1. Consulta versando sobre questão de cunho eminentemente administrativo refoge à competência do TSE, estabelecida no art. 23, XII, do Código Eleitoral, uma vez que não se trata de matéria eleitoral stricto sensu. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1385. Rel. Min. José Augusto Delgado. Resolução n. 22534 de 17/04/2007. DJ 08/05/2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷²¹ “Ementa: [...] 1. Conforme bem observado pela ASEP, questionamento abordando a compatibilidade entre normas constitucionais originárias não constitui matéria passível de consulta, nos termos do inciso XII do art. 23 do Código Eleitoral” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1461. Rel. Min. José Augusto

Ademais, vislumbra-se na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral justificada preocupação quanto à clareza das consultas e as correspondentes respostas. Outro não é, aliás, o motivo evidenciado na Consulta n. 96433⁷²²:

CONSULTA. DEPUTADO FEDERAL. INESPECIFICIDADE. NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE RESSALVAS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Na linha da orientação desta Corte, a atribuição constante do artigo 23, inciso XII, do Código Eleitoral deve ser exercida com cautela, de modo a não gerar dúvidas ou desigualdades no momento da aplicação da lei aos casos concretos. Também é da orientação deste Tribunal Superior que os parâmetros para o conhecimento das consultas devem ser extremamente rigorosos, sendo imprescindível que os questionamentos sejam formulados em tese e, ainda, de forma simples e objetiva, sem que haja a possibilidade de se dar múltiplas respostas ou estabelecer ressalvas. Precedentes.
2. Consulta não conhecida.

No mesmo sentido, o julgamento da Consulta n. 172450⁷²³:

CONSULTA. DEPUTADO FEDERAL. INELEGIBILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL. PECULIARIDADES. NÃO CONHECIMENTO.

1. A atribuição legal estabelecida no artigo 23, XII, do Código Eleitoral deve ser exercida com cautela, de forma a não gerar dúvidas ou desigualdades no momento da aplicação da lei aos casos concretos.
2. Os parâmetros para o conhecimento das consultas devem ser extremamente rigorosos, sendo imprescindível que os questionamentos sejam formulados em tese e, ainda, de forma simples e objetiva, sem que haja a possibilidade de se dar múltiplas respostas.

Neste contexto, o Tribunal Superior Eleitoral impõe outros filtros para o conhecimento de consulta eleitoral. Desse modo, por exemplo, não conhece de consulta “quando a indagação a ser respondida admite a ressalva de que a situação seja examinada caso a caso”⁷²⁴, se o questionamento “não detém a especificidade necessária”⁷²⁵, se a consulta

Delgado. Resolução n. 22606 de 18/10/2007. DJ 05/11/2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 96433. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgamento 20/05/2014. DJe 24/06/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 172450. Rel. Min. Gilson Dipp. Julgamento 07/02/2012. DJe 24/02/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷²⁴ “Ementa: [...] 1. A presente consulta não pode ser conhecida, quando a indagação a ser respondida admite a ressalva de que a situação seja examinada caso a caso. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 98861. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgamento 20/05/2014. DJe 25/04/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷²⁵ “Ementa: Consulta. Ausência. Especificidade. - Se o questionamento formulado pelo consulente não detém a especificidade necessária, de modo a permitir um preciso enfrentamento da questão, não há como responder a consulta, porquanto seriam exigidas suposições e interpretações casuísticas. Consulta não conhecida”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1718. Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Resolução

permite “interpretações casuísticas”⁷²⁶ ou no caso de “questionamentos formulados de forma prolixa ou em termos amplos”⁷²⁷. Para essas situações, Dieison Picin Soares Bernardi⁷²⁸, em síntese, alerta que o Tribunal Superior Eleitoral “não tem conhecido de consultas quando a sua formulação admitir ressalvas e interpretações casuísticas, isto é, questões que demandam por sua natureza solução caso a caso”.

Quanto à força persuasiva das respostas às consultas, prepondera o entendimento de que elas não possuem caráter vinculativo. Nessa esteira, ainda que exista posicionamento minoritário que defenda o caráter normativo das respostas das consultas e a vinculação de seus conteúdos⁷²⁹, é difundida a interpretação de que as respostas às consultas não vinculam⁷³⁰⁻⁷³¹, seja o consulente, terceiros ou o próprio Tribunal⁷³². Anota-se, a respeito, que o caráter não vinculativo se extrai, inclusive, da circunstância da resposta da consulta não admitir interposição de recurso (procedimento sem garantia de ampla defesa).

Outrossim, é possível concluir que a consulta, embora não seja vinculativa, possui elevada importância na orientação dos atores do processo eleitoral, podendo “servir de suporte para futuras decisões judiciais”⁷³³. A finalidade do instrumento, portanto, é garantir a segurança jurídica do processo eleitoral, estimulando a previsibilidade das decisões judiciais eleitorais.

Uma outra vertente a ser analisada ainda no âmbito do poder consultivo da Justiça Eleitoral é a autorização da publicidade institucional em período eleitoral, nos termos do art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Tal dispositivo veda, nos três meses que antecedem o pleito, “com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham

n. 23135 de 15/09/2009. DJe 19/10/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷²⁶ “Ementa: [...] I - Não se conhece de consulta que por sua inespecificidade permita interpretações casuísticas da dúvida apresentada. II - Consulta não conhecida”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1683. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Resolução n. 23113 de 20/08/2009. DJe 18/09/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷²⁷ “Ementa: [...] 1. Questionamentos formulados de forma prolixa e em termos amplos, sem a necessária especificidade, não merecem conhecimento (Precedentes: Consultas nos 1.479/DF, Rel. José Delgado, DJ de 25.3.2008; 992/DF, Rel. Min. Francisco de Peçanha Martins, DJ de 30.4.2004). 2. Consulta não conhecida.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1600. Rel. Min. Felix Fischer. Resolução n. 22858 de 17/06/2008. DJ 06/08/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷²⁸ BERNARDI, Dieison Picin Soares. op. cit., 2014. p. 44.

⁷²⁹ COSTA, Tito. op. cit., 2010. p. 36-37.

⁷³⁰ GOMES, José Jairo. op. cit., 2013. p. 71.

⁷³¹ ALMEIDA, Roberto Moreira de. op. cit., 2013. p. 50.

⁷³² ZILIO, Rodrigo. op. cit., 2012; p. 39-40.

⁷³³ ALMEIDA, Roberto Moreira de. op. cit., 2013. p. 50.

concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos [...]”. No entanto, prevê uma exceção, vale dizer, “caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral”.

Trata-se de espécie de conduta vedada a agente público, aplicável à esfera administrativa cujos cargos políticos estão em disputa no pleito^{734 735}, que proíbe, em regra, publicidade institucional⁷³⁶. Essa espécie de proibição, a exemplo das outras condutas vedadas, objetiva preservar a igualdade entre candidatos⁷³⁷ e para a sua configuração não é necessário evidenciar eventual interesse eleitoreiro⁷³⁸. E o Tribunal Superior Eleitoral, ao contrário da redação expressa da lei, desconsidera o momento da autorização para a execução da publicidade, exigindo para a configuração da infração apenas a sua veiculação no trimestre vedado^{739 - 740}. Ademais, válido anotar que a violação do dispositivo importa a aplicação de penalidades, observado o princípio da proporcionalidade⁷⁴¹.

⁷³⁴ “Art. 73 [...] § 3º As vedações do inciso VI do *caput*, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição”.

⁷³⁵ “Ementa: [...] 1. Por se tratar de eleições gerais, a proibição de veiculação de publicidade institucional, nos três meses que antecedem o pleito, não alcança os agentes públicos municipais, nos termos do § 3º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 108739. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 24/09/2015. DJe 26/10/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷³⁶ “Ementa: [...] 2. A lei eleitoral proíbe a veiculação, no período de três meses que antecedem o pleito, de toda e qualquer publicidade institucional, excetuando-se apenas a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado e os casos de grave e urgente necessidade pública reconhecida pela Justiça Eleitoral. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 50033. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento 04/09/2014. DJe 23/09/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷³⁷ “Ementa: [...] 1. A Corte Regional constatou a ocorrência de veiculação de publicidade institucional em período vedado, o que afeta, por presunção legal, a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais. É desnecessária a verificação de intuito eleitoreiro. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 71990. Rel. Min. Marcelo Ribeiro de Oliveira. Julgamento 04/08/2011. DJe 22/08/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷³⁸ “Ementa: [...] 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior e do art. 73, VI, b, da Lei das Eleições, o caráter eleitoreiro da publicidade institucional é irrelevante para a incidência da vedação legal. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 328385. Rel. Min. Henrique Neves. Julgamento 16/02/2016. DJe 03/03/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷³⁹ “Ementa: [...] 2. A permanência de publicidade institucional durante o período vedado é suficiente para que se aplique a multa prevista no art. 73, § 4º, da Lei nº 9.504/97, sendo irrelevante que a peça publicitária tenha sido autorizada e afixada em momento anterior. Precedentes. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 328385. Rel. Min. Henrique Neves. Acórdão de 16/02/2016. DJe 03/03/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷⁴⁰ “Ementa: [...] 1. A configuração da conduta vedada do art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97 - proibição de publicidade institucional nos três meses que antecedem a eleição - ante a natureza objetiva da referida norma independe do momento em que autorizada a publicidade, bastando a sua manutenção no período vedado. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 60414.

Quanto à exceção contida no bojo do dispositivo, percebe-se o caráter orientador do Tribunal Superior Eleitoral, que atua como órgão autorizador da publicidade institucional em situações graves e urgentes. Ou seja, o Tribunal Superior Eleitoral, previamente⁷⁴², analisa as peculiaridades da situação concreta e pondera os interesses públicos envolvidos e, se o caso, autoriza a publicidade. Vê-se, assim, a natureza preventiva da atuação do órgão judiciário, direcionada à tutela da segurança jurídica.

Por fim, cabe comentar mais uma espécie de conduta vedada. O art. 73, §10, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabelece a proibição de distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios pela Administração Pública no ano em que realizar eleição. O dispositivo prevê somente três exceções, isto é, casos de calamidade pública, de estado de emergência e programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

Ao contrário da conduta vedada relativa à publicidade institucional, que consagra expressamente a possibilidade de consulta à Justiça Eleitoral para eventual autorização prévia de uma determinada campanha de publicidade, haja vista a sua gravidade e urgência, no caso da conduta retratada no art. 73, §10, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, não existe o disciplinamento legal desse procedimento.

Todavia, ao menos em uma oportunidade, o Tribunal Superior Eleitoral exerceu seu poder consultivo, avaliando a possibilidade da efetivação de uma específica doação à luz do art. 73, §10, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. A situação noticiada se refere à

Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 17/12/2015. DJe 01/03/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷⁴¹ “Ementa: [...] 1. A veiculação de publicidade institucional, consubstanciada na distribuição de material impresso aos munícipes em geral, nos três meses que antecedem o pleito e sem que haja demonstração de situação grave ou urgente, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral, configura a conduta vedada do art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, sujeitando o infrator à sanção pecuniária, quando ausente gravidade que justifique, segundo um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, a imposição cumulativa da pena de cassação do registro/diploma outorgado. 2. A caracterização do abuso de autoridade previsto no art. 74 da Lei nº 9.504/97 requer seja demonstrada, de forma objetiva, afronta ao disposto no art. 37, § 1º, da CF, ou seja, que haja ruptura do princípio da impessoalidade com a menção na publicidade institucional a nomes, símbolos ou imagens, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 44530. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 03/12/2013. DJe 14/02/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷⁴² “Ementa: Representação. Publicidade institucional em período vedado. - Para que seja reconhecida a exceção prevista no art. 73, VI, b, da Lei das Eleições, a circunstância de grave e urgente necessidade pública deve ser previamente reconhecida pela Justiça Eleitoral. Agravo regimental não provido.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 781985. Rel. Min. Arnaldo Versiani. Julgamento 08/09/2011. DJe 07/10/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

Consulta n. 1357, conhecida pelo Tribunal Superior Eleitoral como pedido de autorização. Nela, a Justiça Eleitoral autorizou a doação, pelo Banco do Brasil, de numerário ao Programa Criança Esperança, veiculada pela Rede Globo de Televisão.⁷⁴³

Do exposto, extrai-se que a Justiça Eleitoral, notadamente através do Tribunal Superior Eleitoral, presta valiosa contribuição à segurança jurídica do processo eleitoral e, por consequência, ao princípio democrático e à lisura das eleições, ao executar atividades consultivas, aclarando a legalidade de condutas a partir de função orientadora.

4.4.3 A função típica jurisdicional

Como exposto alhures, a jurisprudência ganha especial relevo na conjuntura jurídica atual. A maior complexidade das relações humanas e o melhor acesso à informação, inclusive dos posicionamentos dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, associado ainda ao fato de as leis ostentarem cada vez mais expressões abertas ou termos indeterminados, vem possibilitando um maior prestígio da jurisprudência como fonte do direito.

Ainda que a doutrina tradicional aponte a jurisprudência como uma espécie de fonte secundária⁷⁴⁴ do direito eleitoral, não há como ignorar a realidade fática de que os diversos

⁷⁴³ Oportuna a transcrição parcial do voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Resolução n. 22323. Resolução de 03/08/2006. DJe 16/08/2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016): “[...] embora formulada e autuada como consulta, entendo que o caso é de pedido de autorização para que se viabilize ato de doação em dinheiro, à UNESCO, através de entrega simbólica de cheque durante a realização do evento Projeto Criança Esperança, divulgado pela Rede Globo de Televisão. Projeto, esse, executado há mais de vinte anos, segundo noticiam os autos e é de conhecimento público e notório. 7. Com efeito, o peticionante não intenta, aqui, obter pronunciamento genérico ou em tese que elucide dúvida acerca da aplicação da legislação eleitoral. Ao contrário, demonstrando boa-fé, procura obter da Justiça Eleitoral uma autorização que possibilite a prática de ato que, sem ela, pudesse ser interpretado como infringente das condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais. 8. Em outras palavras, o que pretende o Banco do Brasil é obter autorização semelhante a muitas que vêm sendo requeridas por outros componentes da Administração Pública Federal, com base na alínea b do inciso VI do art. 73 da Lei nº 9.504/97. 9. Por esse modo ver as coisas, fica superado o óbice levantado pela Assessoria Especial da Presidência, conforme antes relatado. É que, conhecendo do pedido como processo administrativo de autorização, e não como consulta, não é mais requisito do seu conhecimento a condição de autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político (inciso XII do art. 23 do Código Eleitoral). 10. De mais a mais, o Banco do Brasil é integrante da Administração Pública Federal, na condição de sociedade de economia mista, sendo parte legítima para o pedido a que se refere a alínea b do inciso VI do art. 73 da Lei nº 9.504/97. Daí porque conheço o presente feito como processo administrativo, e não como consulta. 11. No mérito, entendo que esta Corte Superior Eleitoral deve abrir ao Banco do Brasil a possibilidade de efetuar a doação à UNESCO, tal como requerido, como o objetivo de apoio ao ‘Projeto Criança Esperança’. Conforme dito, esse programa é executado há mais de vinte anos, e o requerente a ele empresta adesão desde o ano de 2002. [...]”

personagens do processo eleitoral, cada vez mais, procuram conhecer as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, com vistas a adequar as suas condutas à interpretação jurisprudencial.

No caso específico do Tribunal Superior Eleitoral se reconhece até mesmo uma maior importância das decisões judiciais na fixação da orientação de conduta dos jurisdicionados. Inclusive, no voto do Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes, relator dos Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 45886⁷⁴⁵ restou assentado o caráter normativo de seus atos judiciais:

Não se pode desconsiderar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões, portanto, sobre os direitos fundamentais de cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais.

Certamente de nada adianta adotar interpretações particulares, muitas vezes colidentes com o posicionamento da Justiça Eleitoral, posto que, na prática, é o Judiciário que julga a regularidade das condutas e procedimentos de interesse das eleições. E não se desconhece que, geralmente, a Justiça Eleitoral impõe penas severas pela atuação desconforme à sua orientação, obtida através do exame da legislação aplicável à espécie.

A legislação eleitoral, a exemplo de outros segmentos didáticos do direito, consagra uma regulamentação passível de interpretação, especialmente por possuir lacunas e termos ou conceitos indeterminados. José Jairo Gomes⁷⁴⁶, a respeito, ressalta:

[...] os conceitos jurídicos não são sempre precisos, variando, inclusive, o grau de precisão que apresentam. Ao lado de noções claras e objetivas, convivem outras, indeterminadas, fluidas. A vagueza semântica refere-se à ausência, no termo ou na expressão empregados, de traços nítidos ou bem definidos. A falta de clareza, de precisão, invariavelmente conduz à ambiguidade de sentidos, o que, além de provocar certa perplexidade no intérprete, fomenta a insegurança jurídica.

E para esse autor:

⁷⁴⁴ SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luís. op. cit. p. 101-102.

⁷⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 45886. Julgamento 20/05/2014. DJe 05/06/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁴⁶ GOMES, José Jairo. op. cit., 2013. p. 23-24.

No Direito Eleitoral há inúmeros conceitos dessa natureza. Vejamos alguns exemplos: soberania popular (CF, art. 14, caput), moralidade, normalidade e legitimidade das eleições, influência do poder econômico, abuso do exercício da função (CF, art. 14, §9º), abuso de poder econômico (art. 14, §10), liberdade de voto, (LC nº 64/90, art. 19), utilização indevida (LC nº 64/90, art. 22), vantagem pessoal (LE, art. 41-A), igualdade de oportunidades (LE, art. 73).

Parcela da insegurança jurídica que se verifica em qualquer atividade interpretativa da legislação é superada ou ao menos amenizada com os meios, instrumentos ou procedimentos já comentados, como as instruções normativas expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral ou as consultas ou pedido de autorização respondidos pelos Tribunais Superiores. No entanto, ainda remanesce margem interpretativa na aplicação da legislação aos casos concretos, o que somente é solucionada com a produção de decisões judiciais coerentes e íntegras.

Com efeito, apesar de as decisões judiciais não significarem a imutabilidade de entendimento ou o desprezo do exame de peculiaridades de cada situação concreta⁷⁴⁷, elas representam, de um modo geral, um importante instrumento ou objeto para segurança jurídica, especialmente da previsibilidade da interpretação das normas legais. A jurisprudência, como se sabe, tem por objeto de reflexão justamente “a validade, interpretação, convencimento e eficácia de atos normativos incidentes sobre casos concretos”⁷⁴⁸, elementos informativos que representam subsídios relevantes para determinação da conduta pessoal de cada agente. Ora, “é do cotidiano da atividade advocatícia a pesquisa eletrônica dos posicionamentos dos Tribunais acerca de uma determinada matéria”. Assim, “os jurisdicionados pautam a sua atividade à luz do posicionamento dos Tribunais [...], na medida em que as decisões das Cortes Superiores demonstram uma orientação de que ulterior litígio judicial será decidido da mesma forma”⁷⁴⁹.

Posto isso, aceitando a premissa de que as decisões judiciais podem representar instrumentos de orientação dos cidadãos, candidatos e partidos políticos durante o processo eleitoral, cabe investigar dois pressupostos para a eficácia da utilização da jurisprudência nesta finalidade. Significa dizer, compete examinar as condições fáticas relativas ao acesso à

⁷⁴⁷ Erick Wilson Pereira (op. cit., 2010. p. 103), por exemplo, defende que “a lide é que irá ditar a singularidade e o contexto que permeiam a qualificação fática. Não há uma aplicação imediata da segurança jurídica quando as peculiaridades do Direito Eleitoral exigirem um maior reflexo sobre os institutos do mandato eletivo, da soberania popular e da democracia, entre outros. No direito eleitoral, não há uma qualificação jurídica idêntica a outra que dispense o uso da hermenêutica ou que permita tratamentos iguais em nome da segurança jurídica”.

⁷⁴⁸ BERNARDI, Dieison Picin Soares. op. cit., 2014. p. 43.

⁷⁴⁹ ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. op. cit., p. 81-102, set.2013.

jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, bem como as características dos interessados para efeito de acompanhamento da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

4.4.3.1 O acesso à jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral

O primeiro pressuposto fático para utilizar a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral como fonte de orientação de conduta para os personagens envolvidos no processo eleitoral é o grau de acesso ou disponibilidade de suas decisões.

Sobre esse pressuposto, vislumbra-se que o Tribunal Superior Eleitoral possui inúmeros veículos de divulgação de sua jurisprudência, o que permite reconhecer a eficácia da finalidade orientadora dessas decisões, consubstanciando-se, na prática, fontes do direito eleitoral.

Primeiramente, cumpre salientar que, além da divulgação formal e regular das decisões judiciais, através do Diário da Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral possui sofisticado e eficiente sistema de pesquisa eletrônica. O sítio eletrônico oficial do Tribunal permite a pesquisa das decisões judiciais por intermédio de variados critérios, como “assunto”, “número do processo”, “nome do relator”, “data de julgamento”, “número do dispositivo legal”, etc. Permite, inclusive, a pesquisa unificada a todos os tribunais eleitorais⁷⁵⁰.

De outro lado, enfatiza-se que o Tribunal Superior Eleitoral disponibiliza versões eletrônicas de publicações de diversas leis eleitorais anotadas com a jurisprudência do Tribunal⁷⁵¹, além de franquear o serviço de pesquisa por *e-mail* da jurisprudência, com previsão de resposta em 24 horas⁷⁵². E, como se não bastasse, a Assessoria Especial da Presidência elabora e comunica aos interessados cadastrados sobre informativos com os

⁷⁵⁰ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 28jun.2016.

⁷⁵¹ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral-anotado>>. Acesso em: 28.jun.2016.

⁷⁵² Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/pesquisa-por-e-mail>>. Acesso em: 28jun.2016.

“resumos não oficiais das decisões do Tribunal ainda não publicadas e de acórdãos já publicados no Diário da Justiça Eletrônico”⁷⁵³.

Também se deve lembrar que as sessões de julgamento do Tribunal Superior Eleitoral são transmitidas ao vivo pela TV Justiça e, ainda, pela *internet*, pelo sítio eletrônico do Tribunal⁷⁵⁴.

Outrossim, considerando que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral envolvem, no mais das vezes, pessoas públicas, e que as matérias julgadas geralmente possuem interesse público, é corriqueiro que os veículos de comunicação repercutam tais decisões. Além disso, há a veiculação de notícias sobre os principais julgados no sítio eletrônico do próprio tribunal.

4.4.3.2 O acompanhamento da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral pelos interessados

O segundo pressuposto fático para a efetividade da utilização das decisões judiciais do Tribunal Superior Eleitoral como fonte de direito eleitoral e instrumento de orientação de conduta dos agentes envolvidos no processo eleitoral é o grau de acompanhamento da jurisprudência pelos seus destinatários.

Sobre esse aspecto, válido alertar para as características peculiares dos interessados nos julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral, notadamente pelo acesso a formas de assessoramento e a instrumentos de informação. Ou seja, pode-se afirmar que os destinatários ou interessados nos acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral, de modo geral, possuem condições favoráveis à cognição dos posicionamentos e orientações do tribunal.

Primeiramente, cabe destacar que os advogados que atuam perante o Tribunal Superior Eleitoral são poucos e geralmente especializados na matéria. Inclusive, é usual o

⁷⁵³ Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/informativo-tse-1/informativo-tse>>. Acesso em: 28jun.2016.

⁷⁵⁴ Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/imprensa>>. Acesso em: 28jun.2016.

cadastro de procurações de advogados no Tribunal Superior Eleitoral, o que torna dispensável a juntada a instrumentos específicos em algumas espécies de expedientes⁷⁵⁵.

Sob outro enfoque, deve-se recordar que os partidos políticos geralmente possuem advogados que orientam permanentemente a sua bancada. E, ainda, os que já ocupam cargo político, possuem assessores jurídicos em seus gabinetes.

Na mesma esteira, é comum os partidos políticos elaborarem cartilhas de orientação a seus candidatos sobre a legislação e a jurisprudência. O mesmo ocorre com as Administrações Públicas em relação aos seus agentes, com vistas a coibir o uso da máquina pública.

Também não se pode olvidar que os partidos políticos são ouvidos previamente à expedição das resoluções ou instruções normativas pelo Tribunal Superior Eleitoral que regulamentam aspectos variados do processo eleitoral^{756 757}.

5. O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS DA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Não se olvidando da posição de destaque do princípio da segurança jurídica na Justiça Eleitoral, deve-se enfrentar o ponto nuclear desta pesquisa, isto, à modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

⁷⁵⁵ Resolução n. 23.462, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre representações, reclamações e pedidos de resposta previstos na lei nº 9.504/1997 para as eleições de 2016. “Art. 5º Os prazos relativos às reclamações, às representações e aos pedidos de resposta são contínuos e peremptórios e não se suspendem aos sábados, domingos e feriados entre 15 de agosto e 16 de dezembro de 2016 (Lei Complementar nº 64/1990, art. 16), excepcionados os feitos de competência do Tribunal Superior Eleitoral, que observarão o disposto no Calendário Eleitoral. § 1º Nesse período, o arquivamento de procuração dos advogados representantes dos candidatos, dos partidos e das coligações, assim como das emissoras de rádio e televisão, dos provedores e servidores de Internet, dos demais veículos de comunicação e de empresas e entidades realizadoras de pesquisas eleitorais no Cartório Eleitoral torna dispensável, exclusivamente para as representações e reclamações de que trata esta resolução, a juntada do instrumento de procuração, devendo a circunstância ser registrada na petição em que se valerem dessa faculdade, o que será certificado nos autos”.

⁷⁵⁶ Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. “Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”.

⁷⁵⁷ Olivar Coneglian (op. cit., 2010. p. 507) lembra que “antes de emitir resoluções, o TSE deverá realizar audiência pública para ouvir previamente os delegados ou representantes dos partidos participantes do pleito. Nessa audiência, os delegados e representantes não podem querer fazer prevalecer seus pontos de vistas, mas devem principalmente levantar questões não resolvidas pela Lei e que possam ser resolvidas por resolução do TSE. Por delegados e representantes entendem-se pessoas, preferencialmente advogados, indicadas pelos partidos, não se tratando da mesma espécie de delegados nomeados para fiscalização a eleição”.

5.1 A aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos pelo Tribunal Superior Eleitoral mesmo anteriormente ao início da vigência do (novo) Código de Processo Civil

Como já exposto, a modulação temporal de efeitos possui previsão legal específica no procedimento de controle de constitucionalidade concentrado. E, ainda que inexistisse dispositivo legal específico autorizando a aplicação da técnica no controle de constitucionalidade difuso, verifica-se ser aceita a sua utilização pela jurisprudência nacional.

Em relação à modulação temporal de efeitos por razão de alteração da jurisprudência se constata que o (novo) Código de Processo Civil autoriza o seu implemento expressamente através do art. 927, §3º. No entanto, mesmo anteriormente ao início da vigência do (novo) Código de Processo Civil, o Tribunal Superior Eleitoral já aplicava técnicas de preservação da confiança legítima dos jurisdicionados.

Isso ocorria na medida em que “a modulação temporal de efeitos das decisões judiciais, em especial aqueles que possuem efeito vinculante, é uma decorrência lógica do sistema, não sendo necessária qualquer previsão legal nesse sentido”⁷⁵⁸. O primeiro caso marcante foi a da fixação de placa com dimensão superior a 4m² em comitê de campanha no processo eleitoral de 2006. A Lei n. 11.300, de 10 de maio de 2006, incluiu o §8º ao art. 39, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, prevendo a proibição de propaganda eleitoral mediante *outdoors*, que se caracterizava, pela jurisprudência, aquela com dimensão superior a 4m². E, durante as eleições de 2006, vigorou o entendimento no Tribunal Superior Eleitoral que a fixação de placa no comitê de campanha não se submetia a essa vedação, podendo superar a metragem destacada. Assim, para proteger a confiança advinda das decisões judiciais, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu não alterar a sua interpretação e, assim, deixou de aplicar penalidade aos partidos políticos e candidatos que utilizaram grandes placas na entrada de seus comitês de campanha. Em outros termos, o Tribunal Superior Eleitoral não aplicou retroativamente novo entendimento, ou seja, aplicou o entendimento jurisprudencial vigente à época do fato.

⁷⁵⁸ PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. op. cit., 2016. p. 593-608.

Conforme acórdão proferido no Recurso Especial Eleitoral n. 27696⁷⁵⁹:

RECURSO ESPECIAL. PLACA COM DIMENSÃO SUPERIOR A 4M². COMITÊ DO CANDIDATO. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA APENAS PARA O PLEITO DE 2006.

- O posicionamento que prevaleceu neste Tribunal nas eleições de 2006 autoriza a fixação de placa com dimensão superior a quatro metros quadrados em comitê de candidato.
- Recomenda-se não haver alteração do posicionamento jurisprudencial em relação à mesma eleição.
- Entendimento, contudo, que se revê, para aplicação futura, de modo a que não seja admitida a fixação, em comitê da candidato, de placa com dimensão superior a quatro metros quadrados.
- Recurso especial provido.

No mesmo sentido, o Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 27455⁷⁶⁰:

ELEIÇÕES 2006. Agravo regimental no recurso especial. Propaganda eleitoral. Placa afixada em fachada de comitê da campanha de candidato, com área superior a quatro metros quadrados. Não configuração de outdoor. Orientação firmada apenas para o pleito realizado em 2006, com modificação para eleições futuras. Precedentes do TSE. Multa afastada. Agravo regimental a que se nega provimento. Embora o entendimento consignado no Acórdão nº 26.420, de 19.10.2006, rel. min. Cezar Peluso, seja mais adequado com a finalidade da legislação eleitoral, a jurisprudência dominante desta Corte, em relação às eleições de 2006, consagrou a possibilidade de ser afixada placa com dimensões superiores a 4m² em fachada de comitê eleitoral de candidato. Uma vez firmada a orientação do Tribunal, não é aconselhável alterá-la em relação ao mesmo pleito, o que prestigia o princípio da segurança jurídica (cf. Acórdão nº 27.696, de 04.12.2007, rel. min. Marcelo Ribeiro).

Situação similar foi a pintura em muro, conforme Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 28499⁷⁶¹:

ELEIÇÕES 2006. RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA ELEITORAL. MULTA. PINTURA EM MURO PARTICULAR. DIMENSÕES SUPERIORES A 4m². POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA PARA O PERÍODO ELEITORAL DE 2006. PRECEDENTES DA CORTE. PROVIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO. 1. É assente no Tribunal Superior Eleitoral que a pintura em muro, ainda que exceda a 4m², não enseja a aplicação de multa por propaganda eleitoral irregular. Precedentes. 2.

⁷⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 27696. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Julgamento 04/12/2007. DJ 01/02/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 15dez.2016.

⁷⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 27455. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento 23/06/2009. DJe 31/08/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁶¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 28499 (Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Julgamento 05/08/2008. DJ 27/08/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

A jurisprudência do TSE recomenda não haver alteração do posicionamento jurisprudencial em relação à mesma eleição. 3. Descabe interpretar extensivamente a proibição fixada na Resolução nº 22.246/2006, exarada em resposta à Consulta nº 1.274, para ampliar o conceito de outdoor, encampando as pinturas em muros particulares. Precedente. 4. Agravo regimental desprovido.

Uma outra situação em que o Tribunal Superior Eleitoral evitou a aplicação retroativa de novo entendimento e, assim, coibiu o casuísmo, foi a da gravação ambiental, atinente ao Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 45307⁷⁶²:

ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. VEREADOR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. OFERECIMENTO DE DINHEIRO A ELEITOR. 1. Conquanto se guardem reservas em relação à tese de que é prova ilícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores - mormente porque não se cuida de interceptação telefônica sem autorização realizada por um terceiro estranho à conversa -, está consolidada, quanto às eleições de 2012, a conclusão acerca da ilicitude desse meio de prova, merecendo reflexão para pleitos futuros. 2. Equivoca-se o Ministério Público Eleitoral ao afirmar que, na ponderação de valores, a decisão agravada prestigiou o direito à privacidade, pois a decisão impugnada simplesmente afirmou que a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores está consolidada na jurisprudência do TSE quanto às eleições de 2012, do modo que eventual modificação deve incidir em pleitos futuros, em respeito ao princípio da segurança jurídica, implicitamente previsto no art. 16 da Constituição Federal. 3. A segurança jurídica recomenda que, neste processo, referente às eleições de 2012, aplique-se a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, evitando-se modificação de entendimento após o encerramento do processo eleitoral, a sugerir indesejável casuísmo. 4. A gravação ambiental realizada por eleitor foi a prova que ensejou o requerimento dos autores da ação para ouvir aquele cidadão, sendo essa prova, o depoimento, ilícita por derivação, pois somente surgiu com a gravação ambiental - na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral quanto às eleições de 2012. Conclusão jurídica que nem sequer foi infirmada pelo agravante. 5. Agravo regimental desprovido.

No mesmo sentido, o Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 36838⁷⁶³, o Recurso Especial Eleitoral n. 69731⁷⁶⁴ e Recurso Especial Eleitoral n. 49416⁷⁶⁵.

⁷⁶² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 45307. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento 25/02/2016. DJe 20/04/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁶³ “Ementa: [...] 3. Equivoca-se o Ministério Público Eleitoral ao afirmar que, na ponderação de valores, a decisão agravada prestigiou o direito à privacidade, pois a decisão impugnada simplesmente afirmou que a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores está consolidada na jurisprudência do TSE quanto às eleições de 2012, cuja eventual modificação deve incidir em pleitos futuros, em respeito ao princípio da segurança jurídica, implicitamente previsto no art. 16 da Constituição Federal. 4. A segurança jurídica recomenda que, neste processo, referente às eleições de 2012, aplique-se a tese da ilicitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, evitando-se modificação de entendimento após o encerramento do processo eleitoral, a sugerir indesejável casuísmo. 5. A gravação ambiental realizada por

Ainda cabe lembrar o julgamento do Recurso Ordinário n. 52552⁷⁶⁶ sobre o pagamento de multa eleitoral:

ELEIÇÕES 2014. RECURSO ORDINÁRIO. QUITAÇÃO ELEITORAL. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. MULTA. AUSÊNCIA ÀS URNAS. FORMALIZAÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO. PAGAMENTO POSTERIOR. ART. 11, § 10º, DA LEI Nº 9.504/97. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. REGISTRO DEFERIDO. [...] 2. O pagamento de multa eleitoral após a formalização do registro, desde que ainda não esgotada a instância ordinária, preenche o requisito da quitação eleitoral, por também ser aplicável o art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97 às condições de elegibilidade, e não apenas às causas de inelegibilidade (Precedente: REspe 809-82, Rel. Min. Henrique Neves, em sessão de 26.8.2014). 3. Em respeito ao princípio da segurança jurídica, não se abarca esse entendimento jurisprudencial aos registros de candidatura que se refiram a casos anteriores ao pleito de 2014. 4. Recurso provido, para deferir o registro de candidatura.

Já no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 3970232⁷⁶⁷ o Tribunal Superior Eleitoral registrou que a aplicação de novo entendimento sobre o

eleitor foi a prova que ensejou o requerimento do Ministério Público Eleitoral, na qualidade de custos legis, para ouvir aquele cidadão, sendo essa prova, o depoimento, ilícita por derivação, pois somente surgiu com a gravação ambiental - na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral quanto às eleições de 2012. Conclusão jurídica que nem sequer foi infirmada pelo agravante [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 36838. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 05/02/2015. DJe 05/03/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁶⁴ “Ementa: [...] 6. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 2012 se consolidou no sentido de ser ilícita a gravação ambiental realizada de forma clandestina, sem autorização judicial, em ambiente fechado ou sujeito à expectativa de privacidade. A segurança jurídica impõe a preservação desse entendimento em feitos relativos ao mesmo pleito, ainda que existam ressalvas e possibilidade de rediscussão futura da matéria. Precedentes. 7. Inadmissibilidade das provas testemunhais derivadas da gravação ilícita. Os depoimentos colhidos em juízo, derivados da prova considerada ilícita, não podem ser admitidos, pois, na linguagem de José Barbosa Moreira, estar-se-ia expulsando a prova pela porta e permitindo seu retorno pela janela. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 69731. Rel. Min. Henrique Neves. Julgamento 01/03/2016. DJe 06/06/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷⁶⁵ “Ementa: [...] 1. Conquanto guarde reservas quanto à tese de que a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é prova ilícita, mormente se se verifica que não se cuida de interceptação telefônica sem autorização, entendida assim como a realizada por um terceiro estranho à conversa, a conclusão acerca da ilicitude desse meio de prova está consolidada nas eleições de 2012. 2. A segurança jurídica recomenda manter o entendimento em processos da mesma eleição. 3. A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores foi a prova que ensejou o acolhimento das demais constantes dos autos, sendo estas últimas ilícitas por derivação, na linha da atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. [...]” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 49416. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 11/12/2014. DJe de 02/03/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n. 52552. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 03/09/2014. PSESS 03/09/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 3970232. Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Júnior. Julgamento 26/08/2010. DJe 07/10/2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

litisconsórcio passivo necessário entre titular e vice da majoritária somente se aplicaria após publicação do acórdão na Questão de Ordem no Recurso Especial Contra a Expedição de Diploma n. 703, para evitar surpresa do jurisdicionado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PREFEITO. ELEIÇÕES 2008. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. VICE. LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. ENTENDIMENTO APLICÁVEL APÓS A PUBLICAÇÃO DA QUESTÃO DE ORDEM NO RCED 703/SC. SEGURANÇA JURÍDICA. CITAÇÃO. DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ART. 269, IV, DO CPC. PRECEDENTES. NÃO PROVIMENTO. 1. O litisconsórcio passivo necessário entre titular e vice da chapa majoritária aplica-se aos processos relativos ao pleito de 2008 ajuizados depois da publicação do acórdão na Questão de Ordem no Recurso Especial Contra a Expedição de Diploma n.º 703/SC, porquanto, após referido termo, não seria mais cabível cogitar de surpresa do jurisdicionado e, assim, de violação à segurança jurídica. Precedentes. 2. O argumento de que a chapa majoritária é uma, razão pela qual a cassação do titular sempre levaria, imediatamente, à cassação do vice, já foi superado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Com a modificação da jurisprudência da Corte, prestigiou-se a ampla defesa e o contraditório, afirmando-se que somente podem ser cassados o registro, o diploma ou o mandato do vice caso ele esteja presente na lide na condição de litisconsorte passivo necessário. 3. Declara-se a decadência do direito de propor as ações eleitorais que versem sobre a cassação do registro, diploma ou mandato, na hipótese de, até o momento em que se consuma o decurso do prazo decadencial para o ajuizamento de tais demandas, o vice não constar no polo passivo ou de não ter havido requerimento para que fosse citado para tanto. Precedentes. 4. Neste caso, a ação de impugnação de mandato eletivo foi ajuizada após a publicação do acórdão na Questão de Ordem no RCED n.º 703/SC, ocorrida em 24.3.2008. Assim, embora o vice tenha sido citado de ofício pelo Magistrado de primeira instância e tenha apresentado defesa, verifica-se que a determinação da citação ocorreu apenas em 19.1.2009, quando já ultrapassado o prazo decadencial de quinze dias para o ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo. 5. Agravo regimental não provido.

O voto do Relator, Ministro Aldir Passarinho Júnior, muito bem sintetizou essa alteração de jurisprudência:

[...] Não merece prosperar a alegação do agravante de que, por se tratar de radical mudança na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a declaração de decadência do direito de ajuizar as ações que possam acarretar a perda do mandato eletivo deveria ser protelada apenas para as eleições de 2010. Verifica-se que, na Questão de Ordem discutida no RCED n.º 703/SC, este c. Tribunal consignou a existência de litisconsórcio passivo necessário entre os componentes de chapa no pleito majoritário. Já no julgamento dos respectivos embargos de declaração, não foi decretada a extinção do processo porque, naquela hipótese, no momento do ajuizamento da ação, as partes não tinham ciência de que o vice seria litisconsorte necessário e de

que sua citação seria obrigatória sob pena de decretação da decadência. Confira-se:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não é de se causar maiores surpresas aos jurisdicionados, tampouco fulminar processos que foram pautados por entendimento então prevalecente no Tribunal Superior Eleitoral. 2. Embargos acolhidos para prestar os esclarecimentos, sem lhes imprimir qualquer efeito modificativo." (ERCED nº 703/SC, Rel. Mm. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Ayres Britto, DJ de 3.6.2008)

A aplicabilidade da alteração de entendimento jurisprudencial acerca do litisconsórcio passivo necessário foi novamente decidida no julgamento dos ED-REspe nº 35.9341PA, concluindo a Corte que, em conformidade ao princípio da segurança jurídica, a inteligência de que haveria litisconsórcio passivo necessário entre titular e vice da chapa majoritária aplicar-se-ia para as ações ajuizadas após a publicação do acórdão na Questão de Ordem no Recurso Contra a Expedição de Diploma nº 703/SC. Veja-se:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TERMO INICIAL DE VALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA. DATA DE JULGAMENTO. CITAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. ELEIÇÕES 2008. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA. NÃO PROVIMENTO. 1. Os embargos declaratórios opostos contra decisão monocrática do relator devem ser recebidos como agravo regimental (AgRg no Ag nº 8.2351BA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 11.2.2008; AgRg no MS nº 3.66910E, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ de 19.12.2007). 2. O entendimento de que o Vice-Prefeito deve ser citado como litisconsorte necessário repercute no mundo jurídico desde o julgamento da Questão de Ordem no RCED nº 7031SC (RCED /7º 7031SC, Rel. Min. José Delgado, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Meio, DJ de 24.3.2008). Fundamentando-se no princípio da segurança jurídica, o TSE determinou a citação dos litisconsortes necessários, afastando a decadência das ações ajuizadas até então, tendo em vista que as partes não tinham ciência da alteração do posicionamento jurisprudencial no momento de seu ajuizamento. 3. A eficácia da sentença prevista no art. 47 do Código de Processo Civil é de ordem pública, motivo pelo qual faz-se mister a presença, antes do julgamento, de todas as partes em relação às quais o juiz decidirá a lide de modo uniforme. Precedente: ED-RO nº 1.4971PB, Rel. Min. Eros Grau, DJE de 24.3.2009. 4. O prazo para interposição do recurso contra expedição de diploma é de três dias contados da diplomação. (Precedentes: RCED 761, Rel. Min. Eros Grau, DJ 26.3.2009; RCED 62710E, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 24.6.2005; RO 7251GO, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, Rel. Designado Min. Caputo Bastos, DJ de 18.11.2005). No caso, o recurso contra expedição de diploma foi distribuído em 2.1.2009, após, portanto, a alteração do entendimento jurisprudencial. Não tendo sido realizada a citação do vice-prefeito no prazo legal deve ser reconhecida a decadência.

5. Agravo regimental não provido." (destaquei) (ED-REspe nº 35.934/PA, Rel. Min. Felix Fischer, DJE de 14.12.2009).

Como se infere da ementa dos julgados transcritos, o resguardo à segurança jurídica foi o fundamento da não aplicação do novo entendimento do TSE aos processos anteriores à modificação da jurisprudência. Acautelaram-se, assim, as partes que observavam os anteriores precedentes da Corte e que, por tal motivo, não podiam ser surpreendidas pela nova interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral à matéria. Também se extrai do último

julgado referido acima que o TSE concluiu, nos casos de processos que fossem ajuizados após a alteração de entendimento, que não haveria mais a circunstância de os jurisdicionados serem surpreendidos acerca da qualidade de litisconsorte passivo necessário do vice, componente da chapa majoritária. Portanto, o entendimento de que o vice deve ser citado como litisconsorte necessário, fixado no julgamento do RCED nº 703/SC, deve ser aplicado, consoante a jurisprudência dessa c. Corte Superior, aos processos relativos ao pleito de 2008 ajuizados depois da modificação da orientação jurisprudencial, porquanto, após referido termo, não seria mais cabível cogitar surpresa do jurisdicionado nem violação à segurança jurídica. Não há motivo, pois, para que se proteja o emprego de tal jurisprudência apenas para os processos relativos ao pleito de 2010. O argumento de que a chapa majoritária é una, ou seja, a cassação do titular sempre levaria, imediatamente, à cassação do vice, já foi superado pelo Tribunal Superior Eleitoral que, com a modificação de sua jurisprudência, prestigiou a ampla defesa e o contraditório ao afirmar que somente podem ser cassados o registro, o diploma ou o mandato do vice caso ele esteja presente na lide na condição de litisconsorte passivo necessário. [...].

O Tribunal Superior Eleitoral, ao decidir sobre a quem pertencia o cargo eletivo na eleição proporcional, fixou o entendimento de que a regra se aplicava a partir da resposta proferida na Consulta Eleitoral. Como havia dúvida se o cargo era do eleito ou do partido político, foi formulada a Consulta n. 1398: “os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”.

No voto, o Ministro Cezar Peluso, resumidamente, aduziu:

[...] Resumindo as considerações, tem-se que: (i) a dinâmica da arquitetura político-eleitoral desenhada na Constituição da República e consolidada na legislação subalterna caracteriza-se pela adoção, para certos cargos, de eleições ‘pelo sistema proporcional’, cujo mecanismo funda-se na preeminência radical dos partidos políticos sobre as pessoas dos candidatos; (ii) dessa caracterização de proporcionalidade brota, como princípio, a pertinência das vagas obtidas segundo a lógica do sistema, mediante uso de quocientes eleitoral e partidário, ao partido ou coligação, e não, à pessoa que sob sua bandeira tenha concorrido e sido eleita; (iii) sua previsão constitucional encontra eco na legislação subalterna; (iv) a doutrina, assim nacional, como estrangeira, não hesita em reconhecer, dentre os modelos teóricos, a superioridade do sistema proporcional, que, apesar das imperfeições, é o que mais bem respeita as exigências de justiça, equidade e representatividade, sem comprometer a estabilidade do governo. E, sob tais fundamentos, respondo à consulta, afirmando que os partidos e coligações têm direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, sem justificação nos termos já expostos, ocorra cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito para outra legenda.

Em continuação, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 22.610/2007⁷⁶⁸ para disciplinar a perda do mandato por infidelidade partidária. E na resolução, o Tribunal Superior Eleitoral indicou que a perda do mandato somente ocorreria no caso da infidelidade partidária ter ocorrido após o dia 27 de março de 2007, que foi a data do julgamento ou da resposta à consulta do Tribunal Superior Eleitoral⁷⁶⁹. Ou seja, ao vedar a aplicação retroativa a desfilições ocorridas anteriormente à resposta da Consulta, o Tribunal Superior Eleitoral tutelou a confiança legítima dos destinatários da regra, transparecendo o poder orientativo do órgão. A constitucionalidade da resolução quanto à perda de mandato na eleição proporcional foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁷⁰.

O Tribunal Superior Eleitoral também já privilegiou o princípio da confiança, identificada a partir de uma conduta de acordo com uma anterior orientação administrativa ou judicial provisória do próprio órgão e, assim, marcada pela boa-fé do jurisdicionado. É o caso apreciado no Recurso Especial Eleitoral n. 440040⁷⁷¹:

RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. BEM PÚBLICO. ELEIÇÕES 2014. 1. A remoção da propaganda irregular em bem público após o prazo concedido pela Justiça Eleitoral não elide, por si só, a incidência da multa prevista no art. 37, § 1º, da Lei nº 9.504/97. Precedente: AgR-REspe nº 27.626, rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 20.2.2008. 2. Hipótese em que o Tribunal a quo considerou inviável a aplicação da multa, tendo em vista as peculiaridades do caso, as quais revelam que o candidato agiu no estrito cumprimento da ordem expedida pela Justiça Eleitoral, deixando, inclusive, de apresentar defesa em sede de representação, como lhe foi facultado no bojo da segunda notificação. 3. O entendimento adotado pela Corte de origem, além de não ter implicado efetivo prejuízo, necessário à declaração da nulidade suscitada nas razões recursais (art. 219 do Código Eleitoral), observou o princípio da proteção da confiança, privilegiando-se as situações já consolidadas e a boa-fé. A revisão de tal conclusão importaria, no caso, ofensa a tal princípio, bem como aos do contraditório e da ampla defesa. [...] VOTO [...] Assim coma no julgado supracitado, o recorrido não pode ser punido com a imposição da multa, porquanto agiu em estrito cumprimento da ordem da Justiça Eleitoral

⁷⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22526. Consulta n. 1398. Rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. Resolução de 27/03/2007. DJ de 08/05/2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁶⁹ “Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfilições consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário”.

⁷⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3999. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Pleno. Julgamento 12/11/2008. DJe 17/04/2009 e STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 440040. Rel. Min. Henrique Neves da Silva. Julgamento 01/12/2015. DJe 11/02/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

e confiando no seu completo teor, que - frise-se - dispensava expressamente a apresentação de defesa em caso de remoção da propaganda. [...].

Outro caso julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral é o do Recurso Especial Eleitoral n. 3111⁷⁷²:

ELEIÇÕES 2008. RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMAÇÃO. SUSPENSÃO DA DIPLOMAÇÃO. ALEGAÇÃO. INELEGIBILIDADE. QUARTO MANDATO. DOMICÍLIO DIVERSO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA. CANDIDATO AMPARADO POR DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEFERIU O REGISTRO DE CANDIDATURA. PRECEDENTE. PROVIMENTO. 1. Tendo sido reformada a decisão que suspendeu os efeitos da diplomação, em decorrência do julgamento do agravo regimental, cujo acórdão foi publicado em 18.12.2009, e tendo sido interposto recurso contra a diplomação em 7.1.2010, no primeiro dia útil subsequente ao recesso forense, o RCED é tempestivo. 2. "[...] Estando a diplomação suspensa de fato e de direito, por determinação judicial, suspende-se a fluência do prazo para o ajuizamento da AIME até que sejam restabelecidos os efeitos daquela [...]." (AgRgREspe nº 26.276/CE, Rel. Ministro MARCELO RIBEIRO, julgado em 26.6.2008, DJ 7.8.2008). 3. Na hipótese, a candidatura do primeiro recorrente estava assegurada por força de decisão monocrática proferida no REspe nº 32.453/AL, da relatoria do Ministro MARCELO RIBEIRO, que diz respeito ao registro de sua candidatura nas eleições de 2008. Dessa forma, assim como no caso do candidato Dário Berger (REspe nº 35.906/SC), houve prévia manifestação da regularidade da candidatura, só que desta vez em processo judicial. 4. O ora recorrente agiu em estrita observância ao que fora decidido pela Justiça Eleitoral, caracterizando a sua boa-fé, não devendo ser surpreendido com a cassação, no âmbito de RCED, referente ao mesmo pleito, sob pena de violação aos princípios da proteção à confiança e da segurança jurídica. 5. Inexiste vedação na Constituição Federal relativa à alteração do domicílio para que o candidato concorra em município diverso do mandato anterior (no qual tenha vínculos econômicos, profissionais, etc.), criando uma hipótese de inelegibilidade inexistente (artigo 14, § 5º, CF). 6. Em razão do princípio da proteção à confiança, também aplicado na atividade jurisdicional, devem-se proteger situações já consolidadas no tempo, notadamente, se o candidato agiu com boa-fé, como é o caso, não havendo falar em tentativa de fraudar a lei constitucional no que tange à transferência do domicílio eleitoral. 7. Recurso especial a que se dá provimento.

O Tribunal Superior Eleitoral, reforçando a sua função orientadora, até mesmo preservou a confiança materializada em conduta adequada a resolução por ele expedida, mas

⁷⁷² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 3111. Rel. Min. Gilson Dipp. Rel. designado Min. Arnaldo Versiani. Julgamento 09/10/2012. DJe 26/10/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

contraditória ao teor de lei. A respeito, o Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 596311^{773 774}:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PETIÇÃO. FAC-SÍMILE. ORIGINAL. DISPENSABILIDADE. 1. Em nome do princípio da segurança jurídica e consideradas as particularidades da Justiça Eleitoral, dispensa-se a apresentação do original da petição protocolada via fac-símile. 2. Agravo regimental provido. [...] VOTO (vencido) O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Relator): Senhor Presidente, na interposição deste agravo, atenderam-se os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia regularmente constituído (folha 38), foi protocolada no prazo assinado em lei. Conheço. Observem ser o contraditório a medula do devido processo legal. Havendo situação favorável a uma das partes, constituída pelo Judiciário, o afastamento pressupõe a audição. Se até mesmo no caso de embargos declaratórios, que visam a esclarecer ou integrar o acórdão proferido, ocorrendo pleito de modificação da decisão embargada, o Supremo assentou a necessidade do contraditório, o que se dirá ante circunstância concreta a envolver agravo regimental. No ápice da pirâmide das normas jurídicas, não está o regimento interno de qualquer Tribunal, mas sim a Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete. Essas considerações são lançadas presente o contido no parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral sobre o contraditório. Nos termos do artigo 36, § 6º, do Regimento Interno deste Tribunal, o Relator negará seguimento a pedido ou recurso intempestivo, manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, do Supremo ou de Tribunal Superior. No mais, Senhor Presidente, o artigo 2º da Lei nº 9.800/1999 deixou de ser respeitado. Ao processo não veio, nos cinco dias decorridos após o prazo recursal, o original da peça transmitida via fac-símile. A disciplina da matéria pela lei é linear, não excepcionando, em termos de exigência formal, este ou aquele documento. Além disso, resolução do Tribunal, por não estar no mesmo patamar de uma lei emanada do Congresso Nacional, não tem o efeito de revogá-la. Nego provimento a este agravo. [...] VOTO A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Acolho integralmente os argumentos do Ministro Marco Aurélio, nem tanto pelo princípio da isonomia, mas pelo princípio da segurança jurídica, considerando que houve aplicação da resolução durante todo esse tempo e seria realmente, não uma surpresa, mas um susto para as partes se elas fossem colhidas agora por uma prática entronizada em uma resolução que, a meu ver, não é a latere, mas contra legem. A Lei determina o que é preciso fazer, e infelizmente fizemos a resolução contrária à Lei. Em um Estado de Direito, o juiz precisa ser o modelo de aplicador da lei. Acolho, portanto, integralmente, os argumentos do Ministro Marco Aurélio, mas em nome do princípio da segurança jurídica, neste caso, acompanho a maioria, no sentido de se fazer um estudo de imediato para que seja eventualmente

⁷⁷³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 596311. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Rel designado Min. Aldir Passarinho Júnior. Julgamento 01/03/2011. DJe 12/04/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁷⁴ No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 186505. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Rel. designado Min. Aldir Passarinho Júnior. Julgamento 01/03/2011. DJe 13/04/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

revogada a resolução, mas que essa aplicação seja rigorosamente atenta às eleições anteriores. [...].

Convém anotar que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a legitimidade de se garantir a segurança jurídica, sob o viés da proteção da confiança legítima, na prestação jurisdicional eleitoral. A respeito, válido invocar o acórdão proferido no Recurso Especial Eleitoral n. 11374⁷⁷⁵ ⁷⁷⁶. Nele o Tribunal Superior Eleitoral relata situação da figura do “prefeito itinerante” avaliada pelo Supremo Tribunal Federal:

Inelegibilidade. Prefeito "itinerante" candidato à reeleição. 1. Nos termos do § 5º do art. 14 da Constituição Federal, o Prefeito pode ser reeleito para um único período subsequente. 2. O Supremo Tribunal Federal "julgou inaplicável a alteração da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral quanto à interpretação do § 5º do artigo 14 da Constituição Federal nas eleições de 2008" (RE nº 637.485, Informativo-STF nº 673). 3. Reconhecido, com base no princípio da segurança jurídica, o direito de transferir o seu domicílio eleitoral para município vizinho ou próximo e, em consequência, de se candidatar às eleições de 2008, o Prefeito pode ser candidato à reeleição nesse mesmo município nas eleições subsequentes de 2012, caso não incida em nenhuma outra hipótese de inelegibilidade. Recurso especial não provido.

O emblemático julgamento do Supremo Tribunal Federal a que se refere o acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, isto é, o Recurso Extraordinário n. 637485⁷⁷⁷ ⁷⁷⁸, é inequívoco ao

⁷⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 11374. Rel. Min. Arnaldo Versiani. Julgamento 16/10/2012. PSESS 16/10/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁷⁶ No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 15381. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento 17/12/2012. PSESS 17/12/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 637485. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. Julgamento 01/08/2012. DJe 21/05/2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁷⁸ No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 45886. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 20/05/2014. DJe 05/06/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016: “ELEIÇÕES 2012. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA g, LC Nº 64/1990. CONTAS DESAPROVADAS PELO TCM/GO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS SUSPensa POR DECISÃO LIMINAR. LIMINAR OBTIDA APÓS A ELEIÇÃO E ANTES DA DIPLOMAÇÃO. FATO SUPERVENIENTE QUE AFASTA A INELEGIBILIDADE. ART. 11, § 10, DA LEI Nº 9.504/1997. MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA PELO TSE APÓS O RESULTADO DAS ELEIÇÕES. OMISSÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO QUANTO À APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO. SEGURANÇA JURÍDICA. ALCANCE DO ART. 11, § 10, DA LEI Nº 9.504/1997. PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. As mudanças radicais na interpretação da Constituição e da legislação eleitoral devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais e legais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. 2. Omissão do acórdão embargado quanto à aplicação do novo entendimento. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica, para o regular transcurso dos processos eleitorais, está plasmada no princípio da

reconhecer o caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, bem como ao alertar para a necessidade cautelas nas viragens jurisprudenciais eleitorais:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REELEIÇÃO. PREFEITO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. I. REELEIÇÃO. MUNICÍPIOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. PREFEITO. PROIBIÇÃO DE TERCEIRA ELEIÇÃO EM CARGO DA MESMA NATUREZA, AINDA QUE EM MUNICÍPIO DIVERSO. O instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da continuidade administrativa, mas também no princípio republicano, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder. O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio comando da norma constitucional, de modo que a reeleição é permitida por apenas uma única vez. Esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo município, mas em relação a qualquer outro município da federação. Entendimento contrário tornaria possível a figura do denominado “prefeito itinerante” ou do “prefeito profissional”, o que claramente é incompatível com esse princípio, que também traduz um postulado de temporariedade/alternância do exercício do poder. Portanto, ambos os princípios – continuidade administrativa e republicanismo – condicionam a interpretação e a aplicação teleológicas do art. 14, § 5º, da Constituição. O cidadão que exerce dois mandatos consecutivos como prefeito de determinado município fica inelegível para o cargo da mesma natureza em qualquer outro município da federação. II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio

anterioridade eleitoral, positivado no art. 16 da Constituição. Assim, o entendimento do TSE firmado nas eleições de 2010 no sentido de que fato superveniente que afaste a inelegibilidade, como uma medida liminar, poderia ser apreciado a qualquer tempo, desde que não exaurida a jurisdição, não pode sofrer alteração jurisprudencial após o resultado de eleição seguinte, sugerindo indevido casuísmo. 3. O art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997 decorre da própria proteção efetiva judicial, não competindo ao intérprete restringir aquela garantia constitucional e, por via de consequência, negar ao cidadão o próprio direito constitucional de se apresentar como representante do povo em processo eleitoral não encerrado. 4. Embargos acolhidos com efeitos modificativos para deferir o registro de candidatura.”

da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. III. REPERCUSSÃO GERAL. Reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais atinentes à (1) elegibilidade para o cargo de Prefeito de cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos em cargo da mesma natureza em Município diverso (interpretação do art. 14, § 5º, da Constituição) e (2) retroatividade ou aplicabilidade imediata no curso do período eleitoral da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que implica mudança de sua jurisprudência, de modo a permitir aos Tribunais a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. IV. EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Recurso extraordinário provido para: (1) resolver o caso concreto no sentido de que a decisão do TSE no RESPE 41.980-06, apesar de ter entendido corretamente que é inelegível para o cargo de Prefeito o cidadão que exerceu por dois mandatos consecutivos cargo de mesma natureza em Município diverso, não pode incidir sobre o diploma regularmente concedido ao recorrente, vencedor das eleições de 2008 para Prefeito do Município de Valença-RJ; (2) deixar assentados, sob o regime da repercussão geral, os seguintes entendimentos: (2.1) o art. 14, § 5º, da Constituição, deve ser interpretado no sentido de que a proibição da segunda reeleição é absoluta e torna inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso; (2.2) as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

Outrossim, oportuno ressaltar que, em regra, a modulação de efeitos executada pelo Tribunal Superior Eleitoral ocorre observando o período de cada processo eleitoral^{779 780}(aplicação do novo entendimento apenas para a próxima eleição). Porém,

⁷⁷⁹ É o caso, por exemplo: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 24156. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento 16/05/2013. DJE 25/6/2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO MUNICIPAL. 2012. REGISTRO DE CANDIDATO. INDEFERIMENTO. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO. AUSÊNCIA. REJEIÇÃO. 1. Conforme exposto no acórdão embargado, não se verifica, in casu, violação ao princípio da segurança, porquanto não houve alteração jurisprudencial no decorrer da mesma eleição. [...]”

existem julgados que elegem outros marcos temporais, como a data da publicação da decisão⁷⁸¹ ou a data da própria decisão⁷⁸² que concretizou a modificação interpretativa.

De outro lado, não se pode esquecer que Tribunal Superior Eleitoral reconhece que o princípio da confiança legítima, expressão da segurança jurídica, é o fundamento para aplicação da modulação temporal, o qual, na sua concepção, demanda como pressupostos autorizadores: “(i) base da confiança, (ii) existência subjetiva da confiança, (iii) o exercício da confiança através de atos concretos e (iv) o comportamento que frustre a confiança”⁷⁸³.

Nesta senda, se fatos já ocorridos são, em regra, protegidos contra a retroatividade de nova lei (*tempus regit actum*), o Tribunal Superior Eleitoral, ao se deparar com uma expectativa legítima de confiança sobre um posicionamento jurisprudencial, já decidiu no sentido de aplicar o seu entendimento anterior. É o fato avaliado no Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 3397⁷⁸⁴:

AGRAVOS REGIMENTAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS JÁ APRESENTADOS. TERCEIRO INTERESSADO. INTERESSE. NÃO COMPROVADO. MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO CABIMENTO. AÇÃO PRÓPRIA. NULIDADE. FALTA DE CITAÇÃO. SUPLENTES. INOCORRENCIA. AGRAVO IMPROVIDO. [...] IV - Como a jurisprudência do Tribunal entendia pela desnecessidade da citação do suplente de senador, não há como se pretender que, naquele momento, fosse essa providência adotada. [...].

⁷⁸⁰ No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 131483. Rel. Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Julgamento 03/05/2016. DJE 07/06/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2014. GOVERNADOR. REPRESENTAÇÃO. CONDUTA VEDADA A AGENTES PÚBLICOS. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO. [...] 3. A jurisprudência inicialmente firmada quanto à impossibilidade de instauração de inquérito civil público no âmbito desta Justiça incidiu apenas para as Eleições 2010 e 2012. Por conseguinte, a mudança desse entendimento para o pleito de 2014 em diante (caso dos autos) não constitui afronta à segurança jurídica (art. 16 da CF/88). [...]”

⁷⁸¹ É o caso, por exemplo: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 3970232. Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Júnior. Julgamento 26/08/2010. DJE 07/10/2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁸² É o caso, por exemplo, da Resolução n. 22.610/2007, que disciplinou a perda do mandato por infidelidade partidária. E na resolução, o Tribunal Superior Eleitoral indicou que a perda do mandato somente ocorreria no caso da infidelidade partidária ter ocorrido após o dia 27 de março de 2007, que foi a data do julgamento ou da resposta à Consulta n. 1398, do Tribunal Superior Eleitoral.

⁷⁸³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo administrativo n. 58036. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento 17/12/2014. DJe 27/03/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁸⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 3397. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento 20/08/2009. DJe 18/09/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

Assim, quando ausente uma confiança subjetiva sobre um posicionamento jurídico, o Tribunal Superior Eleitoral deixa de aplicar a modulação temporal de efeitos. É o caso do julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Ordinário n. 20837⁷⁸⁵, no qual o objeto era controvertido:

ELEIÇÕES 2014. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CANDIDATO A GOVERNADOR. REGISTRO DE CANDIDATURA DEFERIDO. SUPOSTA OMISSÃO E OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO. [...] 2. Incidência na causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea h, da LC nº 64/1990. Cassação de diploma na eleição de 2006. Necessidade de prestar esclarecimentos. Como a eleição de 2006 ocorreu no dia 1º de outubro, exauriu-se o prazo de oito anos de inelegibilidade antes do primeiro turno da eleição de 2014 (5 de outubro), o que, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997, constitui fato superveniente que afasta a causa de inelegibilidade, cujo reconhecimento pode ser realizado de forma antecipada pela Justiça Eleitoral. Precedentes. 3. Não há violação ao art. 16 da Constituição Federal, pois a contagem do prazo de inelegibilidade era controvertida no TSE em eleições anteriores, sendo certo que, para o pleito de 2014, este Tribunal, em resposta a consulta, fixou entendimento naquele sentido em data anterior aos pedidos de registro de candidatura, o que prestigiou justamente a segurança jurídica. [...].

Também é a situação apreciada no Recurso Ordinário n. 15429⁷⁸⁶, que versava sobre questão nova e, à época, pouco debatida:

ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. GOVERNADOR. CONDENAÇÃO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. ÓRGÃO COLEGIADO. CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE. INELEGIBILIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. ARTIGO 1º. INCISO I. ALÍNEA L. DANO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PRAZO. INCIDÊNCIA. SEGURANÇA JURÍDICA. FIXAÇÃO DE TESE. PLEITO 2014. [...] 9. A alegada ofensa ao princípio da segurança jurídica não se configura, seja em razão das características próprias do processo, seja em razão do pouco tempo de análise da legislação complementar e da existência de precedente em sentido contrário ao defendido pelos recorrentes, a demonstrar, no mínimo, que a matéria não é pacificada. [...] VOTO [...] Apenas nos dois últimos anos é que este Tribunal passou a examinar, com eficácia, os dispositivos da Lei Complementar nº 135, sendo perfeitamente normal que, na fase inicial de interpretação do novo texto legal, surjam discrepâncias e, com o tempo, a sua exegese venha a ser gradualmente aperfeiçoada. Portanto, a alegada ofensa ao princípio da segurança jurídica não se configura no presente caso, seja em razão das características próprias deste processo, seja em razão do pouco tempo de análise da legislação

⁷⁸⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Recurso Ordinário n. 20837. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 16/10/2014. PSESS 16/10/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

⁷⁸⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n. 15429. Rel. Min. Henrique Neves. Julgamento 26/08/2014. PSESS 27/08/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

complementar e da existência de precedente em sentido contrário ao defendido pelos recorrentes, a demonstrar, no mínimo, que a matéria não é pacificada. [...].

Por fim, cabe ressaltar que nem sempre o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu que a mudança radical da jurisprudência consolidada, com a aplicação de novo entendimento a fatos pretéritos, podia, eventualmente, importar violação ao princípio da confiança legítima. Algumas decisões mais antigas retratam essa interpretação^{787 788 789}.

5.2 A aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos pelo Tribunal Superior Eleitoral e o (novo) Código de Processo Civil

⁷⁸⁷ “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2008. JURISPRUDÊNCIA. EVOLUÇÃO. PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. NÃO-VIOLAÇÃO. PREFEITO. CONTAS. REJEIÇÃO. CÂMARA MUNICIPAL. SÚMULA Nº 1 DO TSE. PROVIMENTO JURISDICIONAL LIMINAR. NECESSIDADE. IRREGULARIDADES INSANÁVEIS. NÃO-PROVIMENTO. 1. A mutabilidade é própria do entendimento jurisprudencial, pelo que a alteração da jurisprudência, por si só, não afronta a segurança jurídica, não descaracteriza a garantia da irretroatividade da lei e, além disso, não há se falar em direito adquirido. Precedentes: AgR-REspe nº 32.158/MG, relator designado Min. Arnaldo Versiani, publicado em sessão em 25.11.2008; AgR-REspe nº 30.174/RS, de minha relatoria, publicado em sessão em 18.11.2008; AgR-REspe nº 32.762/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado na sessão de 27.10.2008; AgR-REspe nº 29.456/SP, de minha relatoria, publicado em 10.9.2008; AgR-RO nº 1.841/SP, Rel. Min. Arnaldo Versiani, publicado na sessão de 21.8.2008; AgR-MS nº 3.829/MG, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 6.8.2008; AAG nº 7.147/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 1.2.2008. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 33659. Rel. Min. Felix Fischer. Julgamento 04/12/2008. PSESS 04/12/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷⁸⁸ “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2008. JURISPRUDÊNCIA. EVOLUÇÃO. VEREADOR. CONTAS. REJEIÇÃO. SÚMULA Nº 1 DO TSE. PROVIMENTO JURISDICIONAL. LIMINAR. NECESSIDADE. NÃO-PROVIMENTO. [...] 2. A alteração do entendimento jurisprudencial dando interpretação teleológica à Súmula nº 1, não afronta o princípio da segurança jurídica ou a garantia de irretroatividade da lei, pois a evolução de entendimento jurisprudencial não viola o princípio e a garantia mencionados. Precedentes: RO nº 1841, Rel. Min. Arnaldo Versiani, publicado na sessão de 21.8.2008; MS 3829, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 6.8.2008. [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 30174. Rel. Min. Felix Fischer. Julgamento 18/11/2008. PSESS 18/11/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

⁷⁸⁹ “Agravo regimental. Mandado de segurança. Negativa de seguimento. Perda de cargo eletivo. Vereador. Infidelidade partidária. Execução imediata de decisão. Teratologia. Ausência. Mudança de entendimento. Possibilidade. 1. Não é teratológica a decisão da Corte Regional que determina o afastamento do ocupante de cargo eletivo, em razão de infidelidade partidária, tendo em vista o disposto no art. 10 da Resolução-TSE nº 22.610/2007. 2. A mudança do entendimento jurisprudencial não implica violação ao princípio da segurança jurídica. Precedente. 3. Agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada. 4. Desprovimento. [...] VOTO [...] No que tange ao princípio da segurança jurídica, já decidiu esta Corte que “[...] A mutabilidade é própria do entendimento jurisprudencial, o que não implica, por si só, violação a direitos e garantias consagrados pelo ordenamento jurídico” (Ac. nº 7.147/MG, DJ de 1º.2.2008, rel. Min. Cezar Peluso). [...] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 3829. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Julgamento 26/06/2008. DJ 06/08/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

Quanto à regulamentação da modulação temporal de efeitos trazida no bojo do (novo) Código de Processo Civil, notadamente em seu art. 927, §3º, constata-se apenas a reafirmação da possibilidade da aplicação de uma técnica que, como exposto, já vem sendo, há muito tempo, utilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral, com vistas a garantir a efetiva segurança jurídica, alicerçada na confiança legítima dos jurisdicionados.

Relembre-se que o §3º do art. 927, do (novo) Código de Processo Civil, consagra que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Primeiramente, o dispositivo processual não deixa dúvidas de que o Tribunal Superior Eleitoral se adapta à previsão, uma vez que consagra, além do Supremo Tribunal Federal, os “tribunais superiores”, equivale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, o Superior Tribunal Militar, o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Superior Eleitoral.

O dispositivo, assim, ratifica o que a doutrina vem afirmando sobre a função nomofilática dos Tribunais Superiores, ou seja, “de assegurar a exata observância e a uniforme interpretação da lei”⁷⁹⁰. Inclusive, recorda-se que na Exposição de Motivos apresentada pela Comissão de Juristas responsáveis por elaborar sugestão de texto do novo diploma processual civil, restou consignado que a manutenção da estabilidade da jurisprudência é necessária “para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário”.

Aliás, em relação especificamente ao Tribunal Superior Eleitoral, válido recordar o seu papel de protagonismo assumido no processo eleitoral, o que corrobora com o reconhecimento de sua posição ou condição de fonte de orientação de condutas. Ricardo Lewandowski⁷⁹¹ ainda ressalta o prestígio do Tribunal Superior Eleitoral perante a classe política e os cidadãos, inclusive pela força extraordinária proporcionada pela presença de três Ministros do Supremo Tribunal Federal, que proporciona um diálogo diferenciado que se trava entre magistrados de origens distintas. Ou seja, não há dúvidas da influência e prestígio da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral na orientação da conduta social.

⁷⁹⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. op. cit., 2015. p. 355-356.

⁷⁹¹ LEWANDOWSKI, Ricardo. Entrevista. **Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 5, n. 0, out/dez.2011.

Um outro fato relevante é que o dispositivo não disciplina a eficácia temporal da superação de interpretação. O que se pretende pontuar é que o artigo não determina qual a eficácia temporal de eventual modulação de efeitos. Por isso, a prática verificada no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, até o momento, não conflita com a (nova) norma processual, haja vista que, como exposto alhures, o órgão aplica, no mais das vezes, a modulação de efeitos considerando cada período de processo eleitoral (adoção de novo entendimento apenas para as próximas eleições), embora já tenha decidido em algumas situações pela aplicação de nova interpretação a partir de um julgamento ou da publicação de um acórdão.

Aliás, a aplicação da modulação temporal de efeitos considerando o período eleitoral, ou seja, a aplicação de novo entendimento apenas após um transcurso temporal acentuado (para a próxima eleição), ratifica a força normativa do art. 16, da Constituição Federal (princípio da anualidade eleitoral), e a relevância da segurança jurídica ou da proteção das relações jurídicas na esfera eleitoral.

Essa repercussão do direito constitucional, notadamente através do art. 16, da Constituição, retrata, em grande medida, a presença⁷⁹² e a influência dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Tribunal Superior Eleitoral. Aliás, Vitor Marchetti⁷⁹³ até mesmo classifica o Tribunal Superior Eleitoral como “um organismo do STF para matérias eleitorais” e, com base de dados estatísticos⁷⁹⁴, defende que “o poder de influência dos

⁷⁹² Em relação ao Tribunal Superior Eleitoral, a Constituição Federal, em seu art. 119, determina que, no mínimo, deve ser composto de sete membros, sendo, mediante eleição, pelo voto secreto, três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, prevê a nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal. O Texto Constitucional ainda destaca que o Tribunal Superior Eleitoral deve eleger seu Presidente e Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça. De outro lado, o art. 121, §2º, da Constituição Federal indica que devem ser escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, os substitutos, em número igual para cada categoria. Por outro lado, válido anotar que, nos termos do §2, do art. 121, da Constituição Federal, os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral “servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos”.

⁷⁹³ MARCHETTI, Vitor. op. cit., 2011. p. 161-178.

⁷⁹⁴ “O gráfico revela que as taxas de renovação no TSE dos ministros oriundos do STJ são muito superiores às taxas dos ministros vindos do STF ou dos ministros selecionados dentre os juristas (Juri). O gráfico revela ainda que, além de ser a instituição com o maior número de ministros no TSE, os ministros do STF quase nunca são substituídos em dupla ou em trio, geralmente substituí-se 1/3 dos ministros. Não há nenhum caso em que todos os ministros do STF foram substituídos de um ano para outro no TSE, fato que se repetiu pelo menos cinco vezes dentre os ministros do STJ entre 1989 e 2010. Do primeiro semestre de 1989 até o final do segundo semestre de 2010, passaram pelas vagas de membro titular do TSE 27 ministros do STJ, enquanto do STF foram 20 ministros diferentes. Lembrando que são três as vagas para do STF e apenas duas as do STJ. Outra observação importante é que nenhum ministro do STJ que tenha ocupado a vaga no TSE por um biênio voltou a ocupar essa vaga anos depois. Já dentre os ministros do STF não é incomum que um ministro ocupe uma vaga por dois biênios e retorne alguns anos depois para mais dois biênios. De 1989 ao final de 2010, esses foram os casos dos ministros Néri da Silveira, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e

ministros do STF sobre o TSE é inegavelmente superior em relação aos seus outros membros”.⁷⁹⁵

Quanto aos requisitos para a modulação de efeitos, “interesse social” e “segurança jurídica”, entende-se que reclamam o exame a partir do caso concreto, uma vez que demandam a avaliação de aspectos ou circunstâncias fáticas variáveis. No entanto, desde logo, é possível esmiuçar alguns aspectos informadores ou integrantes desses pressupostos ou de seus conceitos.

Neste plano, o princípio da segurança jurídica possui como seu viés subjetivo o princípio da confiança, que, por sua vez, atrela-se a aspectos como a previsibilidade do julgamento e a capacidade e a possibilidade (condições) do indivíduo ou jurisdicionado conhecer o entendimento vigorante até o momento.

Portanto, disso resulta que nem sempre há uma confiança a ser protegida. Conforme Luiz Guilherme Marinoni⁷⁹⁶:

Também não é correto supor que, para a proteção da confiança basta apenas limitar os efeitos retroativos da decisão, sem dissociar os atos que foram e não foram praticados com base em confiança justificada. Portanto, pouco importa que a lei tenha se referido apenas à limitação dos efeitos retroativos, sem dizer que os atos praticados no passado podem ser diferenciados ora, é da essência da limitação de efeitos em nome da proteção da confiança

Marco Aurélio Mello. É inegável que o tempo que um ministro passa no TSE lhe garante experiência em relação à matéria, ainda mais quando falamos de um organismo que não possui um corpo exclusivo de ministros. Dessa maneira, podemos dizer que a capacidade de influenciar no perfil a ser adotado pelo TSE nos julgamentos dos litígios e nas decisões administrativas do processo eleitoral é maior dos ministros do STF do que dos ministros do STJ. Além desse predomínio do STF dentre os membros que compõem o TSE, a presidência e a vice-presidência do organismo são cargos exclusivos dos ministros da Corte Constitucional. Dessa forma, a pauta e a orientação para o funcionamento administrativo do próprio organismo são determinadas pelo perfil do ministro do STF que ocupe o cargo. Por isso que podemos afirmar que o TSE é um organismo do STF para matérias eleitorais. Afinal, o poder de influência dos ministros do STF sobre o TSE é inegavelmente superior em relação aos seus outros membros. Uma das implicações desse perfil é que as regras do jogo competitivo acabam passando pela interpretação de um conjunto mais abrangente de normas, inclusive as normas constitucionais.”

⁷⁹⁵ A atuação acentuada do Tribunal Superior Eleitoral em matéria eleitoral é lembrada por Sepúlveda Pertence (op. cit., 2011): “9. RBEC: *Essa maior atuação do Tribunal Superior Eleitoral amplia sua própria força ou a diminui, já que embora seja mais ativo se torna mais controlável?* Sepúlveda Pertence: Não é possível fazer um raciocínio tão linear assim. Porque na maior parte da temática eleitoral o TSE continua liberto da revisão do Supremo Tribunal, por ser considerada matéria infraconstitucional. Entretanto, o avanço do TSE nos temas constitucionais leva inevitavelmente ao avanço do Supremo Tribunal em matéria Eleitoral. 10. RBEC: *Vossa Excelência mencionou que o ativismo do TSE é, em certa medida, um ativismo em relação a matéria constitucional.* Sepúlveda Pertence: Sim. RBEC: *É possível, daí, inferir que não estamos bem diante de uma interferência do STF no TSE, mas sim o oposto, a interferência do TSE em matéria constitucional, do STF, cabendo, assim, a este último resolver [o conflito]?* Sepúlveda Pertence: Sim. Disto vem a minha afirmação de que compete ao STF vestir a capa a que me referia e enfrentar a triste realidade de errar por último.”

⁷⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., p. 5-30, set/out.2011.

discriminação de atos que não foram praticados com base em confiança justificada, e que, assim, não devem ser ressalvados dos efeitos retroativos da decisão.

A lei não disciplina os critérios objetivos para aferição da presença, ou não, de uma confiança justificada ou qualificada. Mas, como exposto alhures (capítulo 4.2), a eventual identificação de algumas circunstâncias, que subsidiam essa interpretação, são listadas pela doutrina. Por exemplo: jurisprudência claramente equivocada ou errada; (b) crítica doutrinária; (c) grau de dissenso na construção da jurisprudência; (d) “rebeldia” dos juízes ou tribunais inferiores (produção de decisões divergentes do entendimento do Tribunal Superior); (e) inovação legislativa; (f) mudança de valores da sociedade ou do quadro político, e (g) falta de confirmação da jurisprudência.

O que se quer dizer é que algumas circunstâncias sinalizam para a previsibilidade do julgamento, seja indicando uma possível manutenção do entendimento vigente, seja apontando uma possível modificação de posicionamento. E, repita-se, a previsibilidade consubstancia-se em importante elemento de valoração da existência, ou não, da confiança legítima.

Já no que tange à capacidade e à possibilidade (condições) do indivíduo ou jurisdicionado conhecer o entendimento vigente até o momento, tem-se que se trata de aspecto importante para aferir sobre a formação da condição subjetiva inerente à averiguação da confiança legítima. Ora, se ao indivíduo não é oportunizado conhecer o entendimento jurisprudencial, certamente não há que se falar de frustração de uma perspectiva de julgamento, bem como de adoção de uma opção voluntária de conduta pessoal alinhada ao posicionamento judicial. Enfim, pode-se afirmar que a avaliação da presença da confiança justificada deve considerar o nível de absorção da jurisprudência pelos jurisdicionados.

Neste contexto, jurisprudência construída sobre temas de grande repercussão social, objeto de ampla publicidade por veículos de imprensa, sinalizam para um maior reconhecimento e obediência pelos jurisdicionados, fortalecendo a identificação de uma expectativa justa.

Além disso, especialmente no Tribunal Superior Eleitoral se identificam peculiaridades que apontam para uma maior cognição dos jurisdicionados relativamente aos seus posicionamentos jurisprudenciais. E esse fato se materializa sob duas perspectivas, vale

dizer, a ampla disponibilização das decisões pelo órgão e o maior acesso dos interessados, jurisdicionados, a esses posicionamentos.

Recorde-se que, além da divulgação formal e regular das decisões judiciais, através do Diário da Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral disponibiliza inúmeras formas ou modalidades de acesso a sua jurisprudência pelos interessados, como, por exemplo, (a) sofisticado e eficiente sistema de pesquisa eletrônica, através de várias opções ou critérios; (b) versões eletrônicas de publicações de diversas leis eleitorais anotadas com a jurisprudência do Tribunal; (c) serviço gratuito de pesquisa por *e-mail* da jurisprudência, com previsão de resposta em 24 horas; (d) elaboração para interessados cadastrados de “resumos não oficiais das decisões do Tribunal ainda não publicadas e de acórdãos já publicados no Diário da Justiça Eletrônico”; (e) sessões de julgamento do Tribunal Superior Eleitoral transmitidas ao vivo pela TV Justiça e, ainda, pela *internet*, pelo sítio eletrônico do Tribunal, e (f) veiculação de notícias sobre os principais julgados na página principal do sítio eletrônico do tribunal.

Ademais, não se esquecendo que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral envolvem, no mais das vezes, pessoas públicas, e que as matérias julgadas geralmente possuem interesse público, é usual que os veículos de comunicação repercutam tais decisões.

Sob o outro ângulo, oportuno ressaltar algumas singularidades dos destinatários ou interessados nos acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral que indicam, de modo geral, possuírem condições mais favoráveis à cognição dos posicionamentos e orientações do tribunal: (a) advogados que atuam perante o Tribunal Superior Eleitoral são poucos e geralmente especializados na matéria; (b) partidos políticos geralmente possuem advogados que orientam permanentemente a sua bancada; (c) jurisdicionados que já ocupam cargo político possuem assessores jurídicos em seus gabinetes; (d) é comum os partidos políticos elaborarem cartilhas de orientação a seus candidatos sobre a legislação e a jurisprudência; (e) é comum as Administrações Públicas elaborarem cartilhas de orientação para os seus agentes, com vistas a coibir o uso da máquina pública, e (f) os partidos políticos são ouvidos previamente à expedição das resoluções ou instruções normativas pelo Tribunal Superior Eleitoral que regulamentam aspectos variados do processo eleitoral.

Tal como a segurança jurídica, o §3º, do art. 927, para a aplicação da técnica da modulação de efeitos de alteração de jurisprudência dominante, aponta como requisito o interesse social. E, ainda que não exista entendimento consolidado a respeito, parece que esse

pressuposto se traduz na exigência de um “prejuízo significativo à esfera jurídica da(s) parte(s) prejudicada(s)”⁷⁹⁷.

Neste cenário, não há como proceder ao exame da existência desse interesse social sem considerar o conteúdo do direito material envolvido no litígio. Equivale dizer que a espécie de direito material e o grau de prejuízo em sua violação constituem elementos de reflexão e valoração para a medição da legitimidade da pretensão de modulação temporal de efeitos. Inclusive, o direito material pode ser informado por valores ou princípios aptos a pautarem o exame desse interesse social.

Nesse panorama, entende-se que o direito eleitoral ostenta posição diferenciada a outros ramos jurídicos. Isso significa que a segurança jurídica na jurisdição eleitoral assume condição destacada tal como, tradicionalmente, observa-se no direito penal e tributário.⁷⁹⁸

Não se ignora ainda que, assim como o direito penal que é deslocado em favor do réu, o direito eleitoral é fortemente pautado pelo princípio da igualdade, que, como já exposto, representa um outro e importante viés da segurança jurídica, o que reforça a relevância da

⁷⁹⁷ PEIXOTO, Ravi. op. cit., 2015. p. 308-309.

⁷⁹⁸ Marco Aurélio Mello (op. cit., p. 54-57, jan.2011) recorda que a segurança jurídica é regra inerente a todos os ramos do direito. Porém lembra que em matéria tributária, penal e eleitoral, existem dispositivos específicos na Constituição Federal garantidos da segurança jurídica: “Há, na Carta da República, previsões expressas sobre a irretroatividade. No campo tributário, por exemplo, a lei nova não pode apanhar fato gerador ocorrido em data pretérita. A lei que crie e modifique tributo deve ser editada em exercício anterior àquele em que será observada. [...] Ao versar a problemática penal, a própria Carta da República veio mitigar o princípio da irretroatividade. Prevê a Constituição a retroação benigna, a retroação para beneficiar o réu, para beneficiar o acusado, não sofrendo essa previsão sequer a peia da coisa julgada, da preclusão maior do título judicial condenatório. Por isso mesmo, tendo presente o disposto no inciso XL do artigo 5º da Lei Maior, mostra-se plenamente constitucional o que nos vem do artigo 2º do Código Penal: ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar criem, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais de sentença condenatória. Segue-se o parágrafo único, consoante o qual a lei posterior que, de qualquer modo favoreça o agente aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Há mais, na Constituição Federal, regra ligada à escolha de nossos representantes. Refiro-me ao artigo 16, que, antes de 1993, revelava que a lei que, de alguma forma, alterasse o processo eleitoral ficava submetida a um Estado latente dilatatório, somente entrando em vigor um ano após. Com a Emenda Constitucional nº 4, de 1993, parece que vigência imediata da lei acabou por confundir aqueles que olvidaram que, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o fim, o meio, e deu-se a alteração do preceito primitivo da Carta para prever-se a vigência imediata, seguindo-se cláusula importantíssima a homenagear a segurança jurídica – a inaplicabilidade da lei nova às eleições que se verifiquem no período de um ano a partir da edição. Será que, considerada a segurança jurídica, tem-se nesses preceitos o esgotamento da matéria nos três campos a que me referi: o tributário, o penal e o eleitoral? A resposta é desenganadamente negativa, porque, segundo dispositivo constante do rol das garantias constitucionais, a lei não prejudicará o direito adquirido, ou seja, o direito que advém da própria ordem jurídica, o ato jurídico perfeito, celebrado conforme a legislação então em vigor, e a coisa julgada, sendo esta minimizada, em termos de extensão, pela própria Carta da República ao prever a ação de impugnação autônoma que é a rescisória, submetida, de qualquer modo, a prazo decadencial”.

aplicação de técnicas como o da modulação temporal de efeitos para proteção das expectativas legítimas violadas quando da alteração brusca da jurisprudência.

O direito eleitoral também tem por finalidade garantir valores caros para a República, especialmente a Democracia⁷⁹⁹ e a soberania popular. E, como se não bastasse, a preocupação da legislação com a segurança jurídica no direito eleitoral também fica evidente quando se vislumbram instrumentos específicos disponibilizados para o Tribunal Superior Eleitoral, com o objetivo de garantir uma cognição suficiente das regras eleitorais, tais como a competência para expedir instruções normativas e de responder consultas eleitorais em tese.

Não é demasiado repisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, insculpida no acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 637485⁸⁰⁰:

[...] II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do

⁷⁹⁹ A partir da análise da composição do Tribunal Superior Eleitoral, Ricardo Lewandowski (Op. cit., 2011) ressalta a democracia como o motivo do prestígio conferido ao Tribunal: “3. RBEC: Na opinião de Vossa Excelência, quais os motivos que fundamentam este prestígio, ou até mesmo privilégio, concedido ao Tribunal Superior Eleitoral, não conferido a nenhum outro tribunal superior? Ricardo Lewandowski: A razão reside na importância do processo eleitoral para a democracia. Trata-se de uma configuração especial, porque a Justiça Eleitoral tem como principal atribuição garantir a livre expressão da vontade popular. Não pode haver nenhuma dúvida em relação à autoridade do TSE em matéria eleitoral, por isso a presidência é ocupada por um integrante do Supremo Tribunal Federal.”

⁸⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 637485. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. Julgamento 01/08/2012. DJe 21/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. [...].

Por derradeiro, Gilmar Ferreira Mendes⁸⁰¹ assevera:

[...] Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas “viragens jurisprudenciais” na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Aqui não se pode deixar de considerar o peculiar *caráter normativo* dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, portanto, a segurança jurídica assume a sua face de *princípio da confiança* para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da *anterioridade eleitoral* positivado no artigo 16 da Constituição. Essa norma constitucional afirma que qualquer modificação normativa que altere o processo eleitoral poderá entrar em vigor na data de sua publicação, mas não poderá ser aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do *devido processo legal eleitoral*, (2) da *igualdade de chances* e (3) das *minorias* (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que *implícita*, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. [...].

CONCLUSÃO

⁸⁰¹ Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral>>. Acesso em 27.jul.2016.

Concluiu-se que a segurança jurídica, consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e incorporada em diversos dispositivos da Constituição Federal, tem como objetivo nuclear a promoção da paz social. É considerado um sobreprincípio que se dirige tanto à elaboração, à interpretação e à aplicação de outras normas jurídicas em todas as esferas da atuação estatal, seja executiva, legislativa ou judiciária

Outrossim, considerando que a principal função do Direito é a fixação de uma ordem ou o estabelecimento de pautas de comportamento e que é imanente à essência do ser humano buscar segurança, tem-se, por certo, que a segurança jurídica integra a figura do Estado de Direito. Trata-se de princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, intimamente atrelada à dignidade da pessoa humana e que se apresenta sob diversas perspectivas, como na estabilidade das relações jurídicas e na cognoscibilidade, previsibilidade e isonomia na aplicação do direito.

Não se olvidando que a segurança jurídica constitui valioso princípio constitucional aplicável a todas as esferas de atuação do Estado, constata-se que, especificamente na atividade jurisdicional, o estudo da segurança jurídica demanda conhecer as figuras dos precedentes e da jurisprudência. E, neste âmbito, não há dúvida que a estabilidade da jurisprudência é uma necessidade nos sistemas judiciais, tanto de países que seguem o *common law*, como de países que adotam o *civil law*, haja vista se traduzir em condição para a concretização ou preservação de valores inequivocamente relevantes, como o da confiança legítima e o da isonomia.

Aliás, apesar de os países do *common law* geralmente ostentarem decisões judiciais mais estáveis a partir do respeito a precedentes com força vinculativa, constata-se uma tendência dos países do *civil law* em recepcionarem, em seus ordenamentos jurídicos, institutos e procedimentos do *common law*, com vistas a alcançar uma maior segurança na prestação jurisdicional. Inclusive, o Brasil segue essa tendência de buscar um sistema de precedentes, ou de jurisprudência íntegra, que assegure maior uniformidade e coerência.

A estabilidade da jurisprudência é um objetivo previsto expressamente no (novo) Código de Processo Civil brasileiro. Ele lança luz sobre o tema enfrentado nesta dissertação, elegendo a discussão sobre a efetivação do princípio da segurança jurídica na prestação jurisdicional como um de seus pontos centrais. Neste sentido, não se questiona sobre a preocupação do (novo) diploma processual em combater o panorama de caos jurisprudencial

observado a partir da disseminada produção de decisões judiciais divergentes e, por vezes, contraditórias, exaradas em face de situações semelhantes ou iguais, contemporâneas entre si, denominada pelos juristas responsáveis pelo Anteprojeto do (novo) Código de Processo Civil de fragmentação do sistema (inconsistência da jurisprudência).

Assim, fatores como o neoconstitucionalismo e a adoção da técnica de cláusulas abertas no ordenamento jurídico outorgam um maior poder interpretativo ao Judiciário, aproximando-o de uma função criadora do direito. E, diante da maior possibilidade de decisões não uniformes, torna-se providência incortornável a adoção de medidas dirigidas à uniformização da jurisprudência, com a sua posterior estabilização, para a segurança das relações sociais e jurídicas.

Uma das técnicas afetas à ideia da estabilidade da jurisprudência é a modulação temporal de efeitos da alteração brusca do posicionalmente judicial. Ela demanda a verificação da presença de uma confiança legítima ou de uma surpresa injusta, cuja avaliação se atrela à medição do grau de autoridade da jurisprudência (perspectiva de sua preservação) à época dos fatos, além da condição subjetiva de absorção ou conhecimento do posicionamento jurídico então vigente, para sua utilização como parâmetro de conduta. Ademais, possui como outro requisito a demonstração de um prejuízo significativo, o que reclama, inclusive, a avaliação do direito material envolvido.

Com efeito, percebe-se que a modulação temporal de efeitos da alteração de jurisprudência se assemelha à modulação temporal de efeitos na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, na medida em que, em ambos, a aplicação da técnica possui assento constitucional no princípio da segurança jurídica. Porém, enquanto aquela pressupõe, em regra, a uniformização e estabilização da jurisprudência e se fundamenta na confiança gerada pelo entendimento jurisprudencial consolidado; esta, não pressupõe a existência de decisão anterior no mesmo sentido e o fundamento da segurança jurídica deriva, em regra, da presunção de constitucionalidade.

Por outro lado, considerando o âmbito organizacional de pesquisa, deve-se registrar que o Tribunal Superior Eleitoral, como um tribunal superior, exerce relevante função de orientação aos cidadãos, tanto por meio de sua atividade típica jurisdicional, quanto através de atividades atípicas, como a consultiva e a normativa. Além disso, a especial preocupação com a segurança jurídica na esfera eleitoral fica evidente quando a própria Constituição Federal

encampa o princípio da anualidade, que proíbe a aplicação de nova regra relativa a processo eleitoral a eleições que ocorram até um ano.

A importância da segurança jurídica no processo eleitoral é evidenciada a partir dos valores ou princípios que informa a preparação e realização de eleições legítimas. Isto é, a segurança jurídica tem a sua relevância como instrumento garantidor de um processo eleitoral livre de incertezas e surpresas e, portanto, perfilhado à finalidade da preservação da soberania popular e do Estado Democrático de Direito. Destarte, a confiabilidade do processo eleitoral, que possui como alicerce o princípio da segurança jurídica, é pressuposto para a legitimidade da escolha pelo povo de seus representantes.

Apesar de a modulação temporal de efeitos por razão de alteração da jurisprudência estar prevista expressamente no (novo) Código de Processo Civil, verifica-se por pesquisa jurisprudencial, que mesmo anteriormente ao início da vigência do (novo) diploma processual, o Tribunal Superior Eleitoral já aplicava técnicas de preservação da confiança legítima dos jurisdicionados.

Anota-se, inclusive, que a capacidade e a possibilidade (condições) do indivíduo ou jurisdicionado conhecer o entendimento vigente, pressuposto para a formação da condição subjetiva da confiança legítima, é especialmente identificada durante a produção da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Primeiro, porque a sua jurisprudência é construída, no mais das vezes, sobre temas de grande repercussão social, objeto de ampla publicidade por veículos de imprensa. Além disso, vislumbra-se uma ampla disponibilização das decisões por diversos veículos do órgão judicial, bem como algumas singularidades dos destinatários ou interessados nos acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral que indicam, de modo geral, possuírem condições mais favoráveis à cognição dos posicionamentos e orientações do tribunal.

De outro lado, o direito eleitoral ostenta posição diferenciada a outros ramos jurídicos. Isso significa que a segurança jurídica na jurisdição eleitoral assume condição destacada tal como, tradicionalmente, observa-se no direito penal e tributário. Como exposto, o direito eleitoral tem por finalidade garantir valores caros para a República, especialmente a Democracia e a soberania popular. E, como se não bastasse, a preocupação da legislação com a segurança jurídica no direito eleitoral também fica evidente quando se vislumbram instrumentos específicos disponibilizados para o Tribunal Superior Eleitoral, com o objetivo

de garantir uma cognição suficiente das regras eleitorais, tais como a competência para expedir instruções normativas e de responder consultas eleitorais em tese.

Por todo exposto, forçoso reconhecer que a técnica da modulação temporal de efeitos da alteração da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral concretiza a segurança jurídica por meio da tutela da legítima confiança do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, v. 1, p. 915-9128, ago.2011.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 922, p. 343-384, ago.2012.

ALMEIDA, Fernando Menezes de. Princípios da Administração Pública e segurança jurídica. In: VALIN, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 47-63.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de direito eleitoral**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 102, n. 935, p. 81-102, set.2013.

ANJOS, Pedro Germano. A vigência aplicativa dos regimes jurisprudenciais e a regra da coisa julgada. **Revista de Processo**, v. 187, p. 160-180, set.2010.

APIO, Eduardo. **Controle concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 425-443.

ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema do “common law”. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 1, p. 351, out.2010.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 377-401, mar.2014.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios - uma breve reflexão do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 251-267.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 183-214.

BARREIROS NETO, Jaime. **Código eleitoral**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Direito eleitoral**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito eleitoral**: teoria, jurisprudência e 600 questões. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, p. 143-195, maio.2011.

_____. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Antonio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à Justiça e para o desenvolvimento econômico. **Revista de Processo**, v. 227, p. 295-316, jan.2014.

BERNARDI, Dieison Picin Soares. **Curso didático de direito eleitoral**: de acordo com a Lei 12.891, de 11.12.2013. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 22.jan.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 194892. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento 24/10/2012. DJe 26/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 228432. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Corte Especial. Julgamento 01/02/2002. DJ 18/03/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 928302. Rel. Min. José Delgado. Julgamento 23/04/2008. DJe de 19/05/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 354. Rel. Min. Octavio Gallotti. Pleno. Julgamento 24/09/1990. DJ 22/06/2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 652. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento 02/04/92, DJ 02/04/93. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3345. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento 25/08/2005. DJe 20/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685. Rel. Min. Ellen Gracie. Pleno. Julgamento 22/03/2006. DJ 10/08/2006 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3741. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Pleno. Julgamento 06/08/2006. DJ 23/02/2207. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3999. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Pleno. Julgamento 12/11/2008. DJe 17/04/2009 e STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 341732. Rel. Min. Carlos Velloso. 2. Turma. Julgamento 14/06/2005. DJ 01/07/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 353508. Rel. Min. Celso de Mello. 2. Turma. Julgamento 15/05/2007. DJe 29/06/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 386440. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 1. Turma. Julgamento 19/09/2006. DJ 13/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Julgamento 09/05/2007. DJ 03/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2996. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Pleno. Julgamento 14/12/2006. DJ 16/03/2007. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601. Rel. Min. Dias Toffoli. Plenário. Julgamento 9.9.2010. DJe 15.12.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82959. Rel. Min. Marco Aurélio. Pleno. Julgamento 23/02/2006, DJ 01/09/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26603. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento 04/10/2007. DJe 19/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 3242. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento 15/06/2005. DJ 24/06/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 20/03/2014. DJe 22/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 147776. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1. Turma. Julgamento 19/05/98. DJ 19/05/98. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197917. Rel. Min. Maurício Corrêa. Pleno. Julgamento 06/06/2002. DJ 07/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 637485. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. Julgamento 01/08/2012. DJe 21/05/2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 71990. Rel. Min. Marcelo Ribeiro de Oliveira. Julgamento 04/08/2011. DJe 22/08/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 186505. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Rel. designado Min. Aldir Passarinho Júnior. Julgamento 01/03/2011. DJe 13/04/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 3397. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento 20/08/2009. DJe 18/09/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 3829. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Julgamento 26/06/2008. DJ 06/08/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016).

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 15381. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento 17/12/2012. PSESS 17/12/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 24830. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 09/12/2004. DJ 18/02/2005. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 27455. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento 23/06/2009. DJe 31/08/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 28499 (Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Julgamento 05/08/2008. DJ 27/08/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 30174. Rel. Min. Felix Fischer. Julgamento 18/11/2008. PSESS 18/11/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 33659. Rel. Min. Felix Fischer. Julgamento 04/12/2008. PSESS 04/12/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 36838. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 05/02/2015. DJe 05/03/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 45307. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento 25/02/2016. DJe 20/04/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 328385. Rel. Min. Henrique Neves. Julgamento 16/02/2016. DJe 03/03/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 50033. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento 04/09/2014. DJe 23/09/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 596311. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Rel designado Min. Aldir Passarinho Júnior. Julgamento 01/03/2011. DJe 12/04/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 60414. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 17/12/2015. DJe 01/03/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 781985. Rel. Min. Arnaldo Versiani. Julgamento 08/09/2011. DJe 07/10/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 3970232. Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Júnior. Julgamento 26/08/2010. DJe 07/10/2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1337. Rel. Min. José Augusto Delgado. Julgamento 01/08/2006. DJ 11/08/2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1385. Rel. Min. José Augusto Delgado. Resolução n. 22534 de 17/04/2007. DJ 08/05/2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1461. Rel. Min. José Augusto Delgado. Resolução n. 22606 de 18/10/2007. DJ 05/11/2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1588. Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Resolução n. 22798 de 15/05/2008. DJ 18/08/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1600. Rel. Min. Felix Fischer. Resolução n. 22858 de 17/06/2008. DJ 06/08/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1683. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Resolução n. 23113 de 20/08/2009. DJe 18/09/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1691. Rel. Min. Marcelo Ribeiro de Oliveira. Resolução n. 23120 de 25/08/2009. DJe 21/09/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1694. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 26/08/2014. DJe 10/09/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1718. Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Resolução n. 23135 de 15/09/2009. DJe 19/10/2009. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 10721. Rel. Min. Gilson Dipp. Julgamento 16/08/2012, DJe 23/08/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 13462. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 05/05/2016. DJe 10/06/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 16519. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento 12/05/2015. DJe 10/06/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 30383. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 10/05/2016. DJe 10/06/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 41382. Rel. Min. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Julgamento 01/12/2015. DJe 14/03/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 60724. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 05/09/2013. DJe 01/10/2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 96433. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgamento 20/05/2014. DJe 24/06/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 98861. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgamento 20/05/2014. DJe 25/04/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 116236. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgamento 18/09/2014. DJe 07/10/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 131863. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento 09/12/2010. DJe 11/02/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 172450. Rel. Min. Gilson Dipp. Julgamento 07/02/2012. DJe 24/02/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 24156. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento 16/05/2013. DJE 25/6/2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 45886. Julgamento 20/05/2014. DJe 05/06/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 131483. Rel. Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Julgamento 03/05/2016. DJE 07/06/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração em Recurso Ordinário n. 20837. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 16/10/2014. PSESS 16/10/2014. Disponível

em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL Tribunal Superior Eleitoral. Medida Cautelar n. 14150. Resolução n. 14150 de 23/08/94. Rel. Min. Torquato Lorena Jardim. DJ 08/09/94. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo administrativo n. 58036. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento 17/12/2014. DJe 27/03/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo n. 163959. Rel. Min. José Antônio Dias Toffoli. Julgamento 14/10/2014. DJe 04/11/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 1943. Rel. Min. Pedro Paulo Pena e Costa. Acórdão n. 823 de 24/04/1952. Publicado em sessão 10/07/1952. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 3111. Rel. Min. Gilson Dipp. Rel. designado Min. Arnaldo Versiani. Julgamento 09/10/2012. DJe 26/10/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 11374. Rel. Min. Arnaldo Versiani. Julgamento 16/10/2012. PSESS 16/10/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 27696. Rel. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira. Julgamento 04/12/2007. DJ 01/2/2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 44530. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 03/12/2013. DJe 14/02/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 49416. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 11/12/2014. DJe de 02/03/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 64770. Rel. Min. Henrique Neves. Julgamento 09/09/2014. PSESS 09/09/2014. Disponível em:

<<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 69731. Rel. Min. Henrique Neves. Julgamento 01/03/2016. DJe 06/06/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 108739. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 24/09/2015. DJe 26/10/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 189893. Rel. Min. Carmén Lúcia Antunes Rocha. Julgamento 10/05/2012. DJe 27/06/2012. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 440040. Rel. Min. Henrique Neves da Silva. Julgamento 01/12/2015. DJe 11/02/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n. 15429. Rel. Min. Henrique Neves. Julgamento 26/08/2014. PSESS 27/08/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n. 52552. Rel. Min. Luciana Lóssio. Julgamento 03/09/2014. PSESS 03/09/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22323. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Resolução de 03/08/2006. DJe 16/08/2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22526. Consulta n. 1398. Rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha. Resolução de 27/03/2007. DJ de 08/05/2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 2jul.2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito civil**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER, Fredie Jr. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 275-300.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no direito processual. **Revista do Ministério Público/Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 56, p. 19-43, abr/jun.2015.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CAMBI, Eduardo. Casuísmos judiciários e precedentes judiciais. **Revista de Processo**, v. 248, p. 311-330, out.2015.

_____. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr.2011.

_____. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 241, p. 413-438, mar.2015.

_____; BUENO, Filipe Braz da Silva. Segurança Jurídica e efetividade processual. **Revista dos Tribunais Sul**, v. 5, p. 175-190, maio/jun.2014.

_____; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**, v. 215, p. 207-246, jan.2013.

_____; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 335-360.

_____; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. **Revista de Processo**, v. 231, p. 349-363, mai.2014.

_____; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 637-662.

_____; MINGATI, Vinícios Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. **Doutrinas essenciais de processo civil**, São Paulo, v. 6, p. 1251-1270, out.2011.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARPENA, Márcio Louzada Carpena. Os poderes do juiz no common law. **Revista de Processo**, v. 180, p. 195-220, fev.2010.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Segurança Jurídica em face da alteração de posicionamento dos tribunais superiores: limites da previsibilidade em matéria tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 91, p. 204-249, mar/abr.2010.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Tratado de direito eleitoral**: Tomo I: direito eleitoral material. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CHEIBUD, Ingrid Sartório. **Leis eleitorais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v 10, p. 1043-1066, ago.2015.

COELHO, Marcus Vinícios Furtado. O anteprojeto do código de processo civil: a busca por celeridade e segurança. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 1, p. 1277-1281, out.2011.

_____. Os avanços do novo CPC: celeridade, segurança jurídica e valorização da advocacia. **Revista Justiça & Cidadania**, 183. ed., p. 22-24, nov.2015.

CONEGLIAN, Olivar. **Radiografia da lei das eleições 2010**: comentários a Lei 9.504/97, com as alterações das Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06 e 12.034/09. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 507.

COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança a decisão de overruling: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 391-416.

COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COUTO, João Gabriel Krás. Controle difuso de constitucionalidade: efeito vinculante da sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. In: MITIDIERO, Daniel (Org). **O processo civil no Estado Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 15-65.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de processo**, v. 233, p. 65-84, jul.2014.

DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 179, p. 179-190, jul/set.2008.

_____. **Teoria dos recursos repetitivos**: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 190, p. 61-73, abr/jun.2011.

_____ ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**, v. 1. Curitiba: Juruá, 2004.

DANTAS, Silvanildo de Araújo. **Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras**. Curitiba: Juruá, 2005.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIDIER JR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 383-397.

_____ ; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; BRASIL, Maria Eduarda de Oliveira. O desafio de uniformizar a jurisprudência e o papel do Novo CPC. **Revista Justiça & Cidadania**, 178. ed., p. 38-43, jun.2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JÚNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. Barueri: Manole, 2009. p. 1-33.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. **Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife: TRF 5ª Região, n. 12, p. 155-178, mar.2007.

FERREIRA, João Gabriel Lemos. A nova limitação aos agentes públicos em ano eleitoral: a vedação à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, §10, da Lei n. 9.504/97). **BDM – Boletim de Direito Municipal**. São Paulo: NDJ, ano 24, n. 5, p. 352-361, mai.2008.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, v. 782, p. 90-96, dez.2000.

FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes no novo código de processo civil. In: DIDIER JR, Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 521-535.

FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. Conceitos indeterminados no direito tributário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 942, p. 195-213, abr.2014.

GALVÃO, Mariana Cristina Xavier. Controle de constitucionalidade: a relativização da tese da nulidade dos atos inconstitucionais. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (coord.). **Direito Público**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012. p. 322-332.

GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da Lei 9.868/1999. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 73, p. 216-223, out/dez.2010.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistemas de precedentes no novo código de processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 491-519.

GRISON, Leonardo. Segurança jurídica e a crise da racionalização da jurisdição e do processo. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 37, n. 117, p. 195-211, mar.2010.

JOBIM, Nelson. Entrevista. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 5, n. 20, p. 63-83, out/dez.2011.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Abrindo a caixa preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?** Salvador: Juspodivm, 2016.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 234, p. 275-301, ago.2014.

LAGES, Cintia Garabini; LIMA, Renata Mantovani de. A legitimidade da atuação do Tribunal Superior Eleitoral no exercício das funções consultiva e normativa. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 13, n. 18, p. 101-117, jul/dez. 2015.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, p. 493-514, mai.2011.

LEWANDOWSKI, Ricardo E. Entrevista. **Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 5, n. 0, out/dez.2011.

LIANÑO, Miguel Pasquiau. Precedente, Jurisprudencia y Motivación de las Setencias. **Revista de Direito Público**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 54, p. 79-90, nov-dez.2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista da AGU**. Brasília, n. 33, p. 241-269, jul/set.2012.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado: normas eleitorais complementares**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan/mar.2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 237, p. 369-401, nov.2014.

_____. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 459-490.

_____. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 215-238.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A esquecida necessidade de igualdade perante as decisões judiciais e a falta de perspectiva para o futuro do “projeto de CPC”. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 58, n. 397, p. 21-25, nov.2010.

_____. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 57, n. 380, p. 45-50, jun.2009.

_____. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, v. 8, n. 44, p. 5-30, set/out.2011.

_____. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 906, p. 258-284, abr.2011.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 577-597.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 559-575.

_____. O STJ enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, v. 9, n. 54, p. 47-70, maio/jun.2013.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARCHETTI, Vitor. O “Supremo Tribunal Eleitoral”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 161-178, out.-dez. 2011.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 87-98.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista CEJ**, v. 8, n. 27, p. 110-120, out/dez.2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. da obra Código de processo civil comentado, reescrita de acordo com a Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, Llewellyn Davies A. A supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade das normas jurídicas. **Revista dos Tribunais**, v. 663, p. 65-68, jan.1991.

MELLO, Alessandra Lopes Santana de Mello. A ideologia do caso concreto e a segurança jurídica. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 77, p. 65-91, out/dez.2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito de Estado: RDE**, n. 6, p. 327-338, abr/jun.2007.

_____. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIN, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41-46.

MELLO, Marco Aurélio. Segurança jurídica. Palestra proferida no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 1º de dezembro de 2010, durante a solenidade de entrega do título de membro honorário. **Consulex: revista jurídica**, v. 15, n. 335, p. 54-57, jan.2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral>>. Acesso em 27.jul.2016.

_____; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., São Paulo, 2015.

_____; JOBIM, Nelson. A reforma do Judiciário – O Supremo Tribunal na revisão constitucional de 1994. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 4, p. 987-1012, maio.2011.

MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito eleitoral**. 7. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 125-142.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

NORONHA, João Otávio de. A segurança jurídica no ambiente negocial. In: **Investimento, produtividade e previdência para o desenvolvimento**: aspectos jurídicos, econômico-financeiros e ambientais. Rio de Janeiro: Memory – Centro de Memória Jurídica, 2013. p. 142-150.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 301-334.

NUNES, Dierle; LADEIRA, Aline Hadad. Aspectos da dinâmica do direito jurisprudencial no Brasil versus a busca da coerência e integridade – Uma primeira impressão das premissas dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 77-99, jul/set.2014.

PAGANINI, Juliano Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 209-228.

PASQUINI, Luís Fernando Barbosa. A modulação dos efeitos no controle difuso-incidental de constitucionalidade. **Revista Jusnavegandi**. Teresina, ano 14, n. 2142, 13 de maio de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12831>>. Acesso em: 30nov.2015.

PEIXOTO, Ravi. A modulação de efeitos em favor dos entes públicos na superação de precedentes: uma análise da sua (im)possibilidade. **Revista de processo**, v. 246, p. 381-399, ago.2015.

_____. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 537-565.

_____. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 663-680.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERTENCE, Sepúlveda. Entrevista. **Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out/dez.2011.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Efeito prospectivo na alteração de súmulas pelos Tribunais Superiores: uma abordagem à luz do embate entre os anseios fundamentais de justiça e segurança jurídica. **Revista TST**, Brasília, v. 78, n. 4, p. 96-111, out/dez.2012.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **Efeitos processuais no controle judicial de constitucionalidade**. Coleção Andrea Porto Pisani. Coordenação Ada Pelegrini Grinover; Petronio Calmon, v. 11, Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade**: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ação rescisória e modulação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade. **Revista de Processo**, ano 32, n. 153, p. 145-155, nov.2007.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In: DIDIER JR., Fredie. et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 593-608.

QUINTAS, Fábio Lima. Para que um novo código de processo civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional. **Revista de Processo**, v. 256, p. 295-316, jun.2016.

RAMIRES, Maurício. **Críticas à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RODOVALHO, Thiago. Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e modulação dos efeitos. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 10, p. 989-1020, ago.2015.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALGADO, José María. Precedentes y control de constitucionalidad em Argentina. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 119-146.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**, v. 3, Salvador: Juspodivm, 2014. p. 707-734.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luís. **Direito eleitoral**: para compreender a dinâmica do poder político. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHAUER, Frederich. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 49-86.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os precedentes no Brasil: fundamentação de decisões em outras decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 349-382, dez.2013.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção a confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadência do art. 54 da Lei do Processo Administrativo do União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público: RBSP**, v. 2, n. 6, p. 7-59, jul/set.2004.

SILVA, Lécio Resende da. O problema da criação judicial do direito: origem, limites e legitimidade. **Revista de doutrina e jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Teritórios**, n. 63, p. 13-33, maio/ago.2000.

SILVA, Narda Roberta da. A eficácia dos precedentes no novo CPC. Uma reflexão à luz da teoria de Michele Tarufo. **Revista de Processo**, v. 228, p. 343-354, fev.2014.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica. **Interesse público**, v. 13, n. 68, p. 93-128, jul/ago.2011.

SILVA, Valéria Maria de Araújo. Novas tendências no controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do STF. **Revista LTR**: legislação do trabalho, v. 75, p. 1192-1200, out.2011.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 29, p. 161-185, jan/jun.2012.

STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 175-182.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo, v. 110, p. 141-158, abr/jun.2003.

_____. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. Trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. São Paulo, v. 199, p. 139-155, set.2011.

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. **Revista dos Tribunais**, v. 819, p. 45-64, jan.2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO NETO, Humberto Theodoro. A relevância da jurisprudência no novo CPC. In THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 665-684.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 445-457.

VALIN, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: VALIN, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 65-94.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 5, p. 71-86, mai.2011.

_____; ANGRA, Walter de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência no Estado de Direito – civil law e common law. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out.2009.

_____. et. al. (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2016.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 172, p. 121-174, jun.2009.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 893, p. 33-45, mar.2010.

_____. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 263-274.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZILIO, Rodrigo. **Direito eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas de contas), ações eleitorais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.