

COISA JULGADA X PRECEDENTES: Os Danos À Segurança Jurídica Decorrentes Da Falta De Uma Cultura De Precedentes

Gustavo Henrique Betini Poço (IC) e Andrea Boari Caraciola (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar, por meio de pesquisa bibliográfica e método dedutivo, como a coisa julgada pode ser danificada pelo desvirtuamento da teoria dos precedentes, mais especificamente, pela falta de uma cultura de precedentes por parte dos Tribunais Superiores brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, inicia-se com explicações acerca dos conceitos da teoria dos precedentes a serem utilizados, com a devida aproximação com a legislação brasileira, para então iniciar com propriedade a temática do artigo. Esta que é uma discussão sobre o entendimento concedido pelo Supremo Tribunal Federal, através da súmula 343, sobre a proteção da coisa julgada. Revelando como este prejudica a segurança jurídica e põe em lume a falta de cultura de precedentes que a Corte possui, que leva a concluir que há um “sistema à brasileira” de precedentes, que não possui a seriedade ou propósito bem estabelecidos, como há nos países da *common law*, o que acarreta em constantes ataques e prejuízos à coisa julgada. Além disso, apresenta-se posicionamentos doutrinários sobre a referida súmula, a fim de compreender qual o posicionamento mais interessante para a proteção da segurança jurídica. Apresenta-se também eventuais ferramentas que a doutrina entende como interessantes para impedir que o dano se alastre.

Palavras-chave: Precedentes; Coisa Julgada; Súmula 343.

ABSTRACT

The present article seeks to demonstrate, through bibliographical research and deductive method, how res judicata can be damaged by the distortion of the theory of precedents, more specifically, by the lack of a culture of precedents on the part of the Brazilian Superior Courts, especially the Federal Supreme Court. To do so, it begins with explanations about the concepts of the theory of precedents to be used, with due approximation with Brazilian legislation, to then properly start the theme of the article. This is a discussion on the understanding granted by the Federal Supreme Court, through precedent 343, on the protection of res judicata. Revealing how it harms legal certainty and highlights the lack of a culture of precedents that the Court has, which leads to the conclusion that there is a “Brazilian-style system” of precedents, which does not have the seriousness or well-established purpose, as in common law countries, which leads to constant attacks and damage to res judicata. In addition, doctrinal positions on the aforementioned summary are presented, in order to understand which position is most interesting for the protection of legal certainty. It also presents possible tools that the doctrine understands as interesting to prevent the damage from spreading.

Keywords: Precedents; Res judicata; Precedent 343.

1. INTRODUÇÃO

O poder judiciário, como é sabido, é o poder da república que intenta harmonizar as relações sociais, através de definição de conflitos, ou seja, seguindo uma lógica triangular, as partes embebidas em litígio provocam o juiz natural, que se encontra fora da relação e não tendo um lado pré-definido, para que este se convença com os fundamentos, aplique a lei e solucione a lide. Esta é a lógica que permeia o sistema jurídico na civil law há tempos e isso inclui o Brasil, porém desde alterações feitas no vetusto Código de Processo Civil de 1973 e com a promulgação do novel Código de Processo Civil, uma nova perspectiva surgiu, a dos precedentes.

A partir dela, a figura do juiz não tem mais a sua cognição e, logo, sua decisão, restrita ao que a lei define ou aos fundamentos das partes, uma vez que passou a ser exigida a percepção das interpretações das cortes superiores sobre as matérias. Logo, o juiz deve observar se há entendimento dos tribunais sobre o conflito, ou que se assemelha, no momento que for decidir. Essa técnica tende a dar simbiose em discussões que são corriqueiras ou que possuem grande impacto social, contanto que são em sede de recursos especiais ou extraordinários, de ações do controle concentrado e de incidente de resolução de demandas repetitivas, de súmulas vinculantes, de enunciados ou orientações dos tribunais. Com ela, por ter um caráter excepcional, busca-se conceder segurança jurídica, isto é, demonstrar aos indivíduos que é possível confiar no Estado, que este seguirá determinado rumo em relação a alguns conflitos.

Impedindo, por exemplo, que se gaste muito tempo com a máquina judiciária, ou que está gaste muito em casos repetitivos. Contudo, percebe-se que no Brasil esta ferramenta não foi devidamente utilizada, ao passo que o próprio corpo judiciário não segue com os precedentes, desde os juízes de primeiro grau até os próprios Ministros e Desembargadores. O que se resume em constantes conflitos de entendimento, em uma grande carga de recursos fundada em dissídio jurisprudencial e desconfiança no sistema como um todo. Por isso, este artigo intenta refletir como a falta de uma cultura de precedentes por parte dos julgadores, tanto ao não os seguirem quanto ao realizarem superação (overruling) sem seguir parâmetros ou sem modulação dos efeitos, acaba por prejudicar a coisa julgada.

Esta que é o zênite da estabilização social, um expoente da segurança jurídica, da confiança no Estado, pois representa a definição da lide, discutida e debatida entre as partes que compõe o processo. Portanto, é um direito que os litigantes possuem para findar seu interesse de agir e a utilização da máquina pública, mas que com atuação temerária dos precedentes, é afetada, por conta da força retroativa que possuem e que precisa ser modulada, ou revista. Desse modo, busca-se demonstrar, por meio de pesquisa bibliográfica e método

dedutivo de como a coisa julgada pode ser danificada pelo desvirtuamento da teoria dos precedentes, sendo esta precedida por eventuais ferramentas que a doutrina entende como interessantes para impedir o dano. Para assim se possível concluir que é necessária uma cultura de precedentes incutida nos magistrados e magistradas, para permitir que se tenha segurança jurídica no Brasil.

2. DOS PRECEDENTES NO BRASIL

O Brasil assim como a maioria dos países de origem romana ou germânica adota o modelo da *civil law*, ou seja, aquele no qual se tem a lei como fonte primária, sendo ela norma generalista que é aplicada ao caso concreto para solucionar as lides. E isso fica claro quando na Constituição Federal é expresso o princípio da legalidade (art. 5º, II), pois, somente em virtude da lei, os indivíduos serão obrigados a fazer ou a não fazer alguma coisa. Contudo, nos últimos tempos, mudanças legislativas no CPC /73 e no atual (CPC 15) levaram à adoção de um sistema misto, o qual impera a lei, mas também deve haver o respeito à jurisprudência, ao entendimentos sumulados dos tribunais superiores, além de decisões em recursos especiais e extraordinários repetitivos ou não e ações do controle concentrado. Ou seja,

[c]umpre, outrossim, registrar que, hodiernamente, em face da globalização – a qual para o bem ou para o mal indiscutivelmente facilitou as comunicações - observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano-germânicas e a da *common law*, onde uma recebe influência direta da outra. Da *common law* para *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “*commonlawlização*” no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada “*commonlawlização*” do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz¹².

Desse modo, surge a figura do precedente no direito pátrio, ferramenta comum na prática do *common law*³, em que, do caso concreto, da experiência, cria-se uma norma generalizante, algumas vezes denominada de princípio ou *ponto de partida*, que, quando houver

¹ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre A Common Law, Civil Law E O Precedente Judicial. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. [s.l.], 20-?. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>> Acesso em: 25/03/2021.

² A mistura entre os sistemas não se apresentou apenas nos países da *civil law*, uma vez que na própria *common law* passou-se a ter leis como fontes primárias, para não se limitar apenas ao direito aplicado.

³ Sobre o surgimento dos precedentes, esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier: “[...] a resposta simples à pergunta sobre como teria começado o *common law* seria a de que as coisas sempre foram como são. Esta resposta, na verdade, nada mais é do que desenvolvimento ininterrupto, tendo sido acumulada a experiência e a sabedoria de séculos”. Quanto à vinculação dos precedentes, a autora alega que é algo natural e não evidente, não é imposição expressa (ALVIM, Teresa Arruda. **Precedentes e evolução do direito**. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Editora RT, 1997. p. 20).

similitude, o juiz aplicará aos futuros casos, moldando ao contexto da lide em discussão, podendo ter sua efetividade ampliada pelos tribunais quando for necessário⁴.

2.1. DA TÉCNICA DE PRECEDENTES

Essa técnica faz as decisões judiciais terem um papel extraprocessual⁵, além das partes e do bem da vida em discussão, visando dar estabilidade, harmonização de conflitos parecidos, além de isonomia entre os indivíduos em relação à prestação judicial, com o pendor de estruturar confiança, credibilidade nos jurisdicionados no sistema jurídico e segurança jurídica para a sociedade como um todo. Vale dizer que não causa engessamento do judiciário, mas a sua unificação e aumento da imparcialidade, uma vez que o precedente serve como *ponto de partida*, uma base para resolver o caso que é semelhante, não uma norma definitiva, pois os contextos não são iguais, dando ao magistrado discricionariedade para acatar ou não o precedente, através de ferramentas como o *distinguishing*, explicada em momento oportuno. Dessarte, prostra-se como um meio de acompanhar a evolução do pensamento jurídico e social⁶, sem retirar dos julgadores a sua cognição motivada.

E este mecanismo, também denominado *stare decisis*, deve ser aplicado pelos órgãos jurisdicionados inferiores, portanto, quando os casos apresentarem a mesma

⁴ “É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um *ponto de partida*. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão ao caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito” (RE, Edward Dominic. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Revista de processo**, [s.l.], vol. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>> Acesso em: 28/03/2021).

⁵ No sentido de que as decisões dos tribunais superiores não possuem somente efeitos limitados ao seu processo, ou ao caso concreto que suscitou na lide. Há agora uma extrapolação dos efeitos que surge como decorrência da necessidade de jurisprudência estável exigida pelo legislador no artigo 926, do Código de Processo Civil. Em outras palavras, a extrapolação dos efeitos está intrinsecamente conectada com a ideia de uma jurisprudência estável, de unidade, coerência da jurisdição que é una. Com isso, surge a vinculação das decisões estabelecendo as balizas da *ratio decidendi*, que o Poder Judiciário entende interessante e necessário para harmonizar casos semelhantes. O que se entende como efeitos endoprocessuais das decisões de tribunais superiores, que possuem carga de precedentes. Ao mesmo tempo, tem-se efeitos extraprocessuais, que se resumem no princípio da segurança jurídica, na questão dos indivíduos não se surpreenderem com as decisões, de terem certeza, para poderem tomar decisões na vida prática sem receio de serem prejudicados.

⁶ FIGUEIREDO, Judah Henrique Pinheiro de; VIEIRA, Lyvio Moizés Vasconcelos. Mecanismo De Superação De Precedentes Como Garantia Da Segurança Jurídica Sem A Perda Da Evolução Do Direito. **Revista Vertentes do Direito**, [s.l.], vol.6, n.1, p.88-107, 2019. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/download/6440/15308/>> Acesso em: 10/03/2021.

discussão legal sedimentada e uniformizada por tribunais superiores⁷, isto é, com casos semelhantes nos fatos e na pretensão, em qualquer grau de jurisdição, a solução aplicável será a definida no passado (*leading precedents*). Essa vinculação vertical⁸ existe para garantir igualdade no exercício da jurisdição⁹, confiança do jurisdicionado de que há uma solução clara para o seu direito e que a ordem jurídica irá defendê-la, além de proteção ao princípio da segurança jurídica.

Isto porque, o cidadão, ao conceder o poder ao Estado de resolver lides, este possui expectativa de que haverá aplicação equânime e perenidade quanto ao que foi decidido, resguardando o seu direito. Contudo, a aplicação será também horizontal¹⁰, com os próprios tribunais acatando e respeitando a *stare decisis*, salvo se enquadrar nas hipóteses de *overruling*. E isso implica em um cuidado especial no momento de se aplicar um precedente, evitando-se aplicação automática, pois

[o] precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para estabelecer a posição atual da Corte com relação ao caso anterior [...] Logo, a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas¹¹.

A *stare decisis* não poderá ser aplicada, portanto, quando o direito tratado for contrário à *ratio decidendi*¹², ou não se adequar a ela, pois, caso não haja a correspondência, servirá como “elemento persuasivo” (*persuasive precedents*) para ajudar

⁷ Idem, ibidem.

⁸ Art. 927, CPC/15: “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre A Common Law, Civil Law E O Precedente Judicial. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. [s.l.], 20-?. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>> Acesso em: 25/03/2021.

¹⁰ Art. 926, CPC/15: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

¹¹ RE, Edward Dominic. Stare Decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Revista de processo**, [s.l.], vol. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>> Acesso em: 28/03/2021.

¹² “Uma vez dada a interpretação definitiva pelo Poder Judiciário, a norma que representa o Direito vigente resta identificada, ficando rechaçadas as possibilidades hermenêuticas que dela divirjam. Opera-se uma espécie de revogação das demais opções hermenêuticas que, anteriormente ao precedente, eram juridicamente admitidas.” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.170).

na construção da solução para a lide em debate¹³. E, assim, tem-se o *distinguishing*, que se resume em uma técnica de distinção, de confrontação entre a lide em voga e a abrangência do precedente. Ou seja, a vinculação das decisões não poderá ser aplicada quando o que estiver em discussão for na contramão do definido na norma que se encontra no precedente. O máximo que ocorrerá, será a utilização do caso para criar limites aos efeitos do precedente.

Neste caso, os juízes se preocupam em analisar as condições que lhe apresentem para então poderem prolatar uma sentença. Estes devem observar o precedente que poderá ser aplicado no caso em questão, se os fatos a serem julgados realmente são idênticos ou apenas semelhantes, verificar as diferenças em relação à orientação pacificada. Todas estas questões devem ser exploradas, pois havendo discrepâncias fáticas entre as situações, em julgamento e paragonada, deverá o magistrado apresentar as divergências encontradas por meio da distinção, o confronto, deixando de aplicar o precedente ao caso concreto¹⁴.

Com isso, temos a dimensão do *restrictive distinguishing*, na qual não se aplica o precedente, por considerar que a sua aplicação não abrange a referida situação e temos a do *ampliative distinguishing*, pela qual, mesmo com discrepâncias na materialidade do caso e na ensejadora do precedente, amplia-se o horizonte de atuação da *stare decisis*, englobando o caso em litígio. Aquela não é apenas a tese definida, é a “verdadeira decisão do tribunal”, o princípio, a abstração presente dentro do precedente e que é aplicada como se lei fosse¹⁵, que é composta pelas fundamentações e pelos dispositivos dos votos de cada julgador da corte que contribuíram na construção da *ratio*. Os demais elementos presentes, que são dispensáveis na discussão, que são irrelevantes, acessórios ou não desempenham papel fundamental para a norma criada, serão denominados de *obiter dictum*, *gratis dictum* ou *dicta*¹⁶¹⁷.

¹³ LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare Decisis e Súmula vinculante: um estudo comparado. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. [s.l.], n. 14, jan.-jul. 1999. p. 166. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html#_ftnref3> Acesso em 03/04/2021.

¹⁴ FIGUEIREDO, Judah Henrique Pinheiro de; VIEIRA, Lyvio Moizés Vasconcelos. Mecanismo De Superação De Precedentes Como Garantia Da Segurança Jurídica Sem A Perda Da Evolução Do Direito. **Revista Vertentes do Direito**, [s.l.], vol.6, n.1, p.88-107, 2019. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/download/6440/15308/> Acesso em: 10/03/2021.

¹⁵ MATTEI, UGO. *Stare decisis: el valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*. Giuffrè, 1988. p.202 apud PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre A Common Law, Civil Law E O Precedente Judicial. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. [s.l.], 20-?. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf> Acesso em: 25/03/2021.

¹⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre A Common Law, Civil Law E O Precedente Judicial. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. [s.l.], 20-?. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>> Acesso em: 25/03/2021.

¹⁷ Vale ressaltar que a distinção de material necessário para a construção do precedente e o obiter dictum não é muito clara e, por isso, tarefa que não é fácil para os operadores de direito e para os magistrados (LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare Decisis e Súmula vinculante: um estudo comparado.

Ou seja, “[...] o *dictum* consiste nos elementos presentes na fundamentação da decisão, todavia, secundário a esta, podendo o assunto arguido ter conexão ou não com o conteúdo do parecer”¹⁸, logo, são as citações, referências que não possuem ligação direta com o caso, como os exemplos, as alegorias.

De plano aparenta como algo acessório ou que não deve ter uma atenção especial, porém alguns dos elementos constituem a possibilidade de fundamentação para uma futura superação de precedente, tendo em vista que posições contrárias, por exemplo, opostas à *ratio decidendi* definida, poderão ser utilizadas para aplicar o *overruling* posteriormente. A superação ocorrerá quando este ficar “[...] defasado, fora dos padrões de aceitação social, em que sua aplicação não irá condizer com o momento [...]”¹⁹, em resumo, é quando o precedente perde a vinculação, sua aplicabilidade, com o tempo e alteração na sociedade. E poderá ser expresso (*express overruling*), quando o tribunal deixa clara a superação, ou implícito (*implied overruling*), quando não a explicita.

2.2. O PROBLEMA DECORRENTE – COISA JULGADA X PRECEDENTE

O problema reside nos efeitos que o dito *overruling* reflete sobre a coisa julgada, tendo em vista que a alteração de precedente, por exemplo, em recursos extraordinários repetitivos ou não, ou em ações do controle concentrado (Ação direta de inconstitucionalidade por ação, por omissão, Ação declaratória de constitucionalidade, Arguição de descumprimento de preceito fundamental)²⁰, possuem efeitos retroativos

Revista Direito, Estado e Sociedade. [s.l.], n. 14, jan.-jul. 1999. p. 166. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html#_ftnref3> Acesso em 03/04/2021).

¹⁸ FIGUEIREDO, Judah Henrique Pinheiro de; VIEIRA, Lyvio Moizés Vasconcelos. Mecanismo De Superação De Precedentes Como Garantia Da Segurança Jurídica Sem A Perda Da Evolução Do Direito. **Revista Vertentes do Direito**, [s.l.], vol.6, n.1, p.88-107, 2019. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/download/6440/15308/>> Acesso em: 10/03/2021.

¹⁹ Vale ressaltar que o STF, em caso de súmulas vinculantes, definiu fatores que justificam a superação, dentre elas: 1) a evidente superação da jurisprudência da corte sobre a matéria; 2) novação legislativa; 3) alteração substancial do contexto político, econômico ou social.

²⁰ Vale dizer que mesmo não possuindo caráter de precedente de forma direta, mas sim um caráter especial, é preciso dizer que os argumentos utilizados, as fundamentações que as embasam possuem um poder vinculante sobre todo o poder judiciário e sobre a esfera administrativa, como se conclui pela leitura do artigo 927, *caput* e I, do Código de Processo Civil. Isto porque a declaração de inconstitucionalidade informa que uma lei ou ato normativo violou a Constituição (ADIN por ação), ou é constitucional (ADECON), ou que o entendimento que se deve ter acerca de determinado princípio ou norma anterior à norma suprema é o fixado pela Corte, no caso de discordância jurisprudencial, ou seja, por implicarem na aplicabilidade de normas, ou eventual ou diretamente a interpretação das mesmas, podem sim conter caráter de precedente, mesmo sendo de natureza especial. E logo, como retira-se os efeitos, ou os altera, de uma lei ou ato normativo, por ter efeitos retroativos, acaba sim por dar azo para rediscussão em sede de rescisória, baseada em violação à norma jurídica, que no caso seria a própria

(*ex tunc*), seguindo com a jurisprudência do STF, o que pode prejudicar a *res iudicata* de lides que se embasaram no entendimento posterior. Um exemplo seria a propositura de ação rescisória fundada na superação do precedente, com a tese fixada em recurso extraordinário repetitivo ou não ou de súmula vinculante.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento, no julgamento do RE 590.809/RS de que não será cabível a propositura de rescisória nessa situação, por violar diretamente a segurança jurídica e a coisa julgada. Segundo a súmula 343, “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Desse modo, primeiramente é possível abstrair que a corte considera o ordenamento jurídico composto pela lei e pela interpretação dada a ela pelos tribunais, ampliando o cabedal do princípio da legalidade para abarcar os precedentes²¹.

Ainda nessa toada, a corte suprema, no mesmo julgamento, definiu que os casos de ações de controle concentrado, não serão abarcadas pela súmula²² e, complementando, através de outras decisões, como no agravo de instrumento 460.439-9²³ e

constituição de forma indireta e a *stare decisis* formada nas ações de controle concentrado. Lembrando, que não é cabível, pois não se confirma a inconstitucionalidade, mas se protege a garantia constitucional da coisa julgada, ou seja, é “[...] equivocado relacionar afirmação da constitucionalidade com relativização da coisa julgada, uma vez que a coisa julgada é, inegavelmente, uma afirmação da Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento Nas Cortes Supremas: Precedentes E Decisão Do Recurso Diante Do Novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.54). Dessa forma, concordamos com o entendimento dado por alguns doutrinadores de que não poderia haver a amplitude dada pelo Supremo acerca da súmula 343, pois as decisões do controle concentrado que alterem entendimento (constitucional ou não) dado acerca de uma norma afetariam a coisa julgada (idem, ibidem, p.53). Vale dizer que a doutrina inclusive critica tal disposição legal ao mesmo patamar de precedentes pelo código (idem, ibidem, p. 21).

²¹ “O que é importante perceber é que, ao assim se posicionar, o STF, a um só tempo, reconhece o papel dos seus precedentes como legítima fonte do direito, merecendo respeito e estabilidade os atos praticados com base nele e, ainda, ratifica a importância da coisa julgada na ordem jurídica nacional. Ora, [...] por consequência a modificação de entendimento da Corte Constitucional constitui nítida alteração da ordem jurídica, consubstancia direito novo” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.201-202).

²² “[...] o verbete n. 343 da Súmula do Supremo deve ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda” (STF, RE 590.809, Plenário, j.22.10.2014, rel. Min. Marco Aurélio).

²³ “Correção monetária de contas do FGTS. Ação rescisória: aplicação da Súmula 343. Recurso extraordinário: descabimento: âmbito de devolução. 1. Ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei (CPC, art. 485), para rescindir decisão que condenara a autora a recompor perdas do FGTS com os denominados “expurgos inflacionários”, liminarmente indeferida, por impossibilidade jurídica do pedido, com fundamento na Súmula 343 (“Não cabe ação rescisória, por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais”). 2. RE fundado na contrariedade aos artigos 5º, II, XXXV e XXXVI; 7º, III; e 22, VI, da Constituição, nenhum dos quais tem a ver com o problema da aplicabilidade, ou não, da Súmula 343, em matéria constitucional. 3. No julgamento do recurso extraordinário, ao menos no juízo

o agravo regimental na ação rescisória 1.981²⁴, delimitou que a mesma deve ser utilizada de forma distinta a depender da espécie normativa, ou seja, se for norma infraconstitucional, não será possível ação rescisória e aplicar-se-á a súmula, agora se for norma constitucional, ou matéria não tratada em controle concentrado, será cabível a ação²⁵, quando lastreada em violação à lei (art. 966, V, do CPC)²⁶.

Dessa forma, criou-se uma interpretação ao precedente que prejudica o próprio sistema, pois criou a possibilidade de ocorrer prejuízo à coisa julgada frente às decisões que transitaram em julgado e são contrárias aos recursos extraordinários, repetitivos ou não, e às ações do controle concentrado, que advierem sem definir restrições a tal aplicabilidade. Além disso, cabe alertar que a *ratio* definida, não é fruto de um entendimento harmonizado dentro da própria corte, pois existem interpretações que consideram a vedação a ação rescisória a qualquer matéria, como a maioria da doutrina entende ser a mais correta.

Com essa extensão ao uso da rescisória, acabou-se por gerar um dano às situações jurídicas já consolidadas que se encontram na esfera constitucional, que, de forma realista e levando em conta a confecção da Constituição Federal, abrangem

preliminar de seu conhecimento, é incontroverso que o Supremo Tribunal há de circunscrever-se às questões constitucionais expressamente aventadas na sua interposição. 4. No tocante ao RE interposto na ação rescisória, particularmente, contra decisão que indefere a inicial, é da jurisprudência do Supremo Tribunal que o recorrente há de voltar-se contra as razões desse indeferimento; e não, às questões de mérito enfrentadas na decisão rescindenda". (AI 460439 AgR, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 17/08/2006)

²⁴ "Ação Rescisória. Servidor Militar. Isonomia. Art. 37, X, Da Constituição. Não Incidência Da Súmula 343/Stf. Atendimento Dos Pressupostos De Admissibilidade Da Via. Reajuste De 28,86% Deve Ser Concedido A Todos, Sob Pena De Ofensa Ao Princípio Da Igualdade. Extensão Aos Militares Que Receberam Aumento Variável Inferior Ao Percentual. Agravo Regimental A Que Se Nega Proviemento. **I – O enunciado da Súmula 343/STF não configura a hipótese dos autos, uma vez que sua aplicação não abrange interpretação do texto constitucional, como na espécie.** II – O entendimento desta Corte é no sentido de que os militares que não foram contemplados com o reajuste de 28,86%, ou que receberam qualquer aumento variável inferior ao referido percentual, devem ter suas revisões compensadas, de forma a atingir aquele mesmo patamar. III – Agravo regimental a que se nega proviemento". (AR 1981 AgR, Rel.: Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 20/02/2018).

²⁵ Vide as teses de repercussão geral definidas pela própria corte em relação à súmula: **"A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)".** (RE 730.462, rel. min. Teori Zavaski, P, j. 28-5-2015, DJE 177 de 9-9-2015; "Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional." (Ação Rescisória 1409/SC, Rel. Min. Ellen Gracie).

²⁶ Art. 966, do CPC: "A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar manifestamente norma jurídica;"

quase todos os ramos do direito, inclusive matérias ditas de pronto como infraconstitucionais. Logo, a interpretação dada à súmula é perigosa, criou um ambiente de insegurança jurídica e de constante instabilidade, proporcionadas por quem tem o dever de manter uma harmonia e estabilidade, como preceitua a legislação processual (art. 926, *caput*, CPC).

Além de violar, de forma sistemática, a disposição constitucional que protege a coisa julgada e a irretroatividade da lei (art. 5º, XXXVI, da CF), pois o entendimento considera que o termo “lei” abrange tanto as normas previstas em códigos, em regulações, quanto as interpretações dadas a elas pelos tribunais, o que leva a aplicar a norma que impede que a lei nova prejudique as situações consolidadas, isto é, o princípio da segurança jurídica. É certo que matérias constitucionais são de suma relevância e que precisam estar de acordo com a realidade social e jurídica, porém isso não permite que se faça um ato permissório tão abrangente e generalista, que não possui requisitos mínimos para sua aplicação e que prejudique uma das principais garantias processuais delimitadas na Constituição Federal (coisa julgada).

E isso acaba por revelar uma nítida incipiência da teoria dos precedentes no Brasil, e um sistema que não segue as premissas basilares dos precedentes, uma vez que deixa clara a despreocupação com a segurança jurídica, a estabilidade e credibilidade do sistema jurídico. A coisa julgada deve permanecer com as suas características de imutabilidade e indiscutibilidade²⁷, pois a “[...] ordem jurídica possui incomensurável apreço pela *res judicata*, a ponto de resguardar a sua intangibilidade mesmo em face da lei, nos termos do art. 5º, XXXVI, CR/88”²⁸, e por ser, acima de tudo, uma forma de dar estabilidade ao sistema, de impedir discussões eternas, infundáveis sobre a lide e priorizar e efetivar a segurança jurídica²⁹.

²⁷ Vale ressaltar que este é o posicionamento adotado pelo CPC, em seu artigo 502 e que vigora na doutrina brasileira, de que a natureza jurídica é de uma “[...] qualidade da decisão representada pela sua imutabilidade, após não ser mais possível impugná-la. Sustenta-se, nesse sentido, que a coisa julgada promove a transformação qualitativa em relação aos efeitos da decisão, os quais já poderiam se produzir antes ou independentemente do trânsito em julgado desta. Após o trânsito em julgado, quando não se faz mais possível impugnar a decisão no processo, não se lhe acrescenta efeito novo, ocorrendo, em verdade, um salto de qualidade da decisão e de seus normais efeitos, que torna definitivo e irreversível aquilo que era discutível e modificável” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – vol.1: Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.1136).

²⁸ Idem, ibidem.

²⁹ THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; SILVA, Luiz Felipe Ferreira Gomes. A Ineficácia Retrospectiva Do “Overruling” Para Vulnerar A Coisa Julgada: Uma Exigência Do Processo Justo. In.: VII

Bem verdade que ela não é absoluta, pois existem casos de relativização definidos pela jurisprudência³⁰, além dos casos previstos em rol taxativo pela legislação processual (art.966, CPC), nos quais há a possibilidade de rescisão, de desconstituição da coisa julgada. A restrição para o exercício dessa ferramenta, ou seja, o fato dela ser taxativa (*numerus clausus*), demonstra a sua excepcionalidade, sendo aplicável para casos em que há um vício, um cancro que corrompe a decisão e seus efeitos. Nesses casos, a imutabilidade e indiscutibilidade prejudicam o indivíduo e o sistema jurídico, pois não se seguiu com os princípios processuais do devido processo legal e, da isonomia, ao passo que a matéria foi discutida de maneira tendenciosa, por exemplo.

A superação de precedente, desse modo, pela atual interpretação jurisdicional do princípio da legalidade, enquadraria em uma das hipóteses de cabimento da rescisória (CPC 966, V), mas pela súmula supradita não será possível. No entanto, de forma contraditória, apenas as decisões infraconstitucionais não serão abarcadas, dando azo para que a proposição frente matérias constitucionais e de controle concentrado, isto é, praticamente todos os temas, desde civis até tributários.

2.3. OUTRAS ANÁLISES SOBRE A SÚMULA 343

O entendimento firmado na supradita súmula é muito controvertido na doutrina processualista brasileira. Ao ponto de existirem, ao mesmo tempo, autores que compreendem a sua existência, mas criticam as interpretações dadas a ela, e existem aqueles que a criticam desde a sua concepção³¹. Sendo a única linha de solução possível para solucionar os danos dela decorrentes, a modulação, o que será explicado no tópico seguinte.

Aquela parcela da doutrina mais radical quanto a crítica alerta que a súmula viola o princípio da isonomia e da legalidade, ao passo que permite que a lei seja aplicada de forma diferente perante os indivíduos³². Criando assim uma desigualdade

ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA – PORTUGAL, 2017, Florianópolis. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 84 – 107.

³⁰ Como processos de reconhecimento de paternidade, de filiação, que foi comprovada por teste de DNA realizado posteriormente à decisão (REsp 226.436).

³¹ Vide ALVIM, Teresa Arruda. Modulação substitui com vantagens a Súmula 343 do Supremo. **Conjur**. São Paulo, 18 nov. 2017, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-18/teresa-arruda-alvim-modulacao-substitui-vantagens-sumula-343>> Acesso em: 27/10/2021.

³² ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na Alteração da Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. 1ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p.134.

de aplicação da lei. Alegando que seria um “cinismo” do Estado não aplicar a norma da mesma forma, por este entender que não haveria violação à lei; ilicitude, antes do *overruling* ocorrer³³. Além de se utilizar de um critério vago como filtro para a sua aplicação, no caso a existência de “controvérsia” entre os Tribunais Superiores.

O que leva a se assemelhar à controvérsia da súmula 400, também do Supremo Tribunal Federal. Na medida em que ambas refletem uma “fuga” do Supremo, para evitar os danos que *overrulings* efetuados causariam aos indivíduos, e o seu dever de manter a harmonia nas decisões dos tribunais inferiores³⁴. Isto porque, a súmula 343, nitidamente impede que a prática de ações rescisórias sustentadas na mudança de entendimentos seja realizada, quando havia controvérsia jurisprudencial, enquanto que a súmula 400 alega que não cabe ao Supremo corrigir decisão “razoável” das instâncias inferiores sobre direito objetivo.

E disso, diverge da discussão do tópico anterior, pois acaba por defender a possibilidade de ação rescisória em casos de alteração da jurisprudência, frente às violações que a súmula 343 permite. Sendo uma solução mais interessante o cancelamento da súmula e aplicação da técnica de modulação dos efeitos das decisões. Os argumentos levantados são da mais alta qualidade, contudo, o presente trabalho decidiu por seguir uma linha diferenciada de crítica.

Bem verdade que o entendimento sumulado não é dos mais claros e, muito menos, bem feito. *De lege ferenda*, o que o Supremo intentava era dizer que não seria cabível a propositura de ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se basear em legislação que possuía interpretação e aplicação não unanime entre os tribunais, em relação à sua legalidade e, abstratamente, a sua constitucionalidade. Assim, a própria corte suprema criou a ferramenta como forma de manter a segurança jurídica³⁵. Contudo, quando decidiu por dar uma abertura despropositada para as matérias constitucionais, acabou por tornar inócua a sua aplicabilidade. O que demonstra a falta de harmonia dos argumentos e das fundamentações

³³ Idem, ibidem. p.133-135.

³⁴ Idem, ibidem. p. 135.

³⁵ Segundo o saudoso Ministro Teori Zavascki, a súmula foi criada para impedir casos em que não se enxergava a “verdadeira” ofensa à lei na época em que foi proferida a decisão, pois haveria controvérsia que impedia a constatação da realidade (ZAVASCKI, Teori. Ação Rescisória em matéria Constitucional. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais** – 4ª série. São Paulo: Ed. RT, 2001. p.1041-1067).

jurídicas utilizadas e que se buscou um “meio termo” entre as duas correntes aqui apresentadas.

A questão é que não é possível conciliar ambos os posicionamentos, pois um lado leva à proteção da segurança jurídica e o outro à isonomia, dois princípios que colidem frontalmente nos casos de *overruling*. Já que a ideia de segurança jurídica e, logo, da coisa julgada, visam a estabilidade de prestação jurisdicional, impedindo que haja a irretroatividade da aplicação da lei, e que se tenha a contingência de expectativas, para que aqueles que seguiram o entendimento jurisprudencial, a “pauta de conduta” estabelecida, não serem prejudicados³⁶.

Assim, tem-se o princípio da proteção da confiança, de que o indivíduo pode ter confiança no Estado, pois este não o frustrará e nem o prejudicará. E isto deve ser algo praticado pelo Estado, não apenas alegado. De certa forma, a coletividade tem maior importância perante a segurança jurídica do que a isonomia. Esta se atenta muito mais nas formas de tratamento entre os indivíduos, nas maneiras como o Estado as trata. Com isso, o mais interessante seria realmente uma prática que pondere os princípios, aparentemente, paradoxais, como uma forma de impedir que haja danos maiores à coisa julgada das decisões, visto que estas são as mais danificadas no âmago desta discussão. E neste ponto, concorda-se com o outro posicionamento.

3. A POSSÍVEL MITIGAÇÃO AO DANO DECORRENTE

Frente a isso que prejudica a coisa julgada das decisões e, diretamente, toda a estrutura do judiciário, tendo em vista que são precedentes vinculantes, que por disposição legal (CPC 927, I, II), devem ser observados por todos os magistrados no momento de tomar uma decisão, é necessária uma técnica que limite os efeitos do *overruling*, para que os efeitos não sejam *ex tunc*, mas *ex nunc*, obstaculizando a propositura de rescisórias, protegendo relações jurídicas passadas e a coisa julgada. Esta seria a modulação dos efeitos temporais, promovendo o *prospective overruling*.

Com ela, as situações jurídicas que já se encontram findadas e consolidadas, baseando-se no precedente anterior, não seriam afetadas, impedindo um *overruling* traumático, que frustraria as expectativas dos indivíduos e abalaria a estabilidade do

³⁶ ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na Alteração da Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. 1ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 62-64.

sistema³⁷. Em comparação, aparenta com a irretroatividade da lei, na medida em que permite a evolução do direito, mas sem prejudicar o passado, sendo um “ato de autotutela do poder judiciário”³⁸. Similitude válida, levando em conta que no Brasil, com a adoção de precedentes e pela interpretação dada pelas cortes superiores, considera que a legalidade não se restringe apenas à lei, mas aos precedentes, entendimentos vinculantes dados pelos tribunais em decorrência da matéria³⁹.

No campo das ações do controle concentrado, temos essa possibilidade expressa nas leis 9868/99⁴⁰ e 9882/99⁴¹, porém, pode haver confusão quanto ao texto dos artigos, porque neles se fala na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o que leva o operador a crer que caberia apenas para as ações declaratórias, mas acertadamente, a corte suprema tem aplicado constantemente para as ADI's genéricas e por omissão, como se vê no RE 197.917/SP⁴²⁴³. Além disso, existe na legislação processual civil, aplicável como norma geral, que dispõe em seu artigo 927, §3º⁴⁴, a possibilidade de *prospective overruling*, para as demais espécies de ações.

³⁷ GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O Prospective Overruling Nas Supremas Cortes Brasileiras: A Possibilidade De Modulação Temporal Dos Efeitos Das Decisões Revogadoras De Precedentes Consolidados À Luz Da Dogmática Jurídica Moderna E Do Novo Código De Processo Civil – CPC/2015. **Revista de Processo**, [s.l.], vol.258, ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.258.17.PDF> Acesso em: 25/02/2021.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética Dos Precedentes**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

³⁹ GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O Prospective Overruling Nas Supremas Cortes Brasileiras: A Possibilidade De Modulação Temporal Dos Efeitos Das Decisões Revogadoras De Precedentes Consolidados À Luz Da Dogmática Jurídica Moderna E Do Novo Código De Processo Civil – CPC/2015. **Revista de Processo**, [s.l.], vol.258, ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.258.17.PDF> Acesso em: 25/02/2021.

⁴⁰ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, **restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado**.

⁴¹ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, **restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado**.

⁴² “[...] 8. Efeitos. **Princípio da segurança jurídica**. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ‘ex tunc’, **resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade**.”

⁴³ Além de muitos outros julgados, como HC 82.959, o RE 560.626 e ARE 709.212.

⁴⁴ “[...] § 3º 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”.

4. A DEMONSTRAÇÃO DA FALTA DE UMA CULTURA DE PRECEDENTES

Dessarte, o xeque em que a coisa julgada foi colocada, aparentemente, foi desfeito, mas isso não tira a preocupação que a interpretação da súmula 343 traz, uma vez que, além de uma contradição ao texto constitucional, mostra que não há uma cultura de precedentes na corte, que não há coerência interna, mas diversos posicionamentos distintos que prejudicam a confiabilidade e a previsibilidade do direito⁴⁵. De certa forma, apresentou-se “um sistema que privilegia as decisões individuais em detrimento das decisões da Corte que representa a vontade institucional”⁴⁶, prática que se tornou recorrente na cultura jurisdicional brasileira⁴⁷.

Os tribunais superiores, diuturnamente, modificam o rumo da orientação jurisprudencial, de forma brusca e injustificada, o que reflete em um desserviço ao jurisdicionado, que não tem como saber qual é a pauta de conduta que deve observar, e aos demais órgãos jurisdicionais, que não seguem a jurisprudência dos tribunais superiores, pois esta pode mudar “a qualquer momento”. Além disso, não excepcionalmente, há casos em que ambos os tribunais superiores julgam e em sentidos diversos⁴⁸.

O Supremo, portanto, ao invés de guardar a garantia à coisa julgada, que reiterou em precedente, criou uma abertura para a sua desconstituição, violando o seu próprio entendimento fixado. O que se torna mais grave quando se vê que entre os próprios Ministros não há simbiose em julgamentos, ao passo que existe diferença interpretativa entre eles sobre a tese firmado pela corte⁴⁹.

Ou seja, a *ratio decidendi* não é respeitada e seguida por quem a definiu, sendo que é pressuposto básico em um sistema que adota a lógica de precedentes, o cumprimento pelos julgadores em uma maneira geral, com exceção do plenário em seção

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento Nas Cortes Supremas: Precedentes E Decisão Do Recurso Diante Do Novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 19.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética Dos Precedentes**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 88.

⁴⁷ Idem, ibidem, p.87.

⁴⁸ CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. 1ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 93.

⁴⁹ “Reitero que o entendimento aplicado por esta Suprema Corte quando da prolação do decisum rescindendo estava de acordo com seu entendimento e prevalece até a presente data. E, ainda que houvesse algum indicativo de alteração do entendimento quanto à questão posta nos autos (o que não é o caso, pois esta Corte se mantém firme em sua compreensão), não restaria configurada a alegada causa de rescindibilidade da decisão, prevista no art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil atual, pois, conforme tese fixada no julgamento do Tema 136 da Repercussão Geral (RE 590.809/RS): **“não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”** (AR 2.572 AgR, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 24-2-2017, DJE 54 de 21-3-2017); “In casu, incide a Súmula 343 deste Tribunal, cuja aplicabilidade foi recentemente ratificada pelo Plenário deste Tribunal, inclusive quando a controvérsia de entendimentos se basear na aplicação de norma constitucional (RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014)”. (AR 1.415 AgR-segundo, rel. min. Luiz Fux, P, j. 9-4-2015, DJE 79 de 29-4-2015).

na qual se pauta a superação de precedente, local onde se debate as posições diferentes sobre o entendimento, para se encontrar uma tese que será seguida por todos. Lembrando que não há um determinismo, já que existe o *distinguishing*, para se aplicar ou não a tese. Logo, a vinculação horizontal dos precedentes é essencial, não basta que ela seja apenas vertical, é preciso que os membros da corte, em suas decisões monocráticas, atentem para o que o plenário firmou, para que

[...] se possa conceber a confiança justificada nos precedentes do STF e do STJ e criar expectativas efetivamente legítimas nos cidadãos e nas empresas, antes de pretender vincular juízos e tribunais inferiores, é mister que essas Cortes Supremas, primeiramente, promovam a uniformização interna de sua jurisprudência, trazendo unidade de sentido ao Direito e, ato contínuo, passe a zelar pela sua integridade, coerência e estabilidade. Em uma nota, por imperativo de racionalidade do sistema, o stare decisis horizontal precede ao vertical, não havendo como a força vinculante vertical surgir antes da horizontal⁵⁰.

O vital é ter o cumprimento interno, não somente externo, tendo em vista que uma serve de base ao outro, isto é, com o cumprimento daqueles que criaram a tese, mostra-se que o precedente é forte e estável⁵¹, ou seja, a força vinculante depende do comportamento da própria corte acerca da *ratio* definida⁵². Com um posicionamento contraditório, com divergências na interpretação, dá-se azo para o prejuízo à coisa julgada, por exemplo, quando para alguns é cabível a ação rescisória para os casos de matéria constitucional e para outros não, criando divergência quanto à interpretação que é válida⁵³. E isso nos leva a um sistema jurisprudencial que ao invés de manter a estabilidade, suscita em um “zigue-zague”, em um constante vai e vem dos

⁵⁰ GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O Prospective Overruling Nas Supremas Cortes Brasileiras: A Possibilidade De Modulação Temporal Dos Efeitos Das Decisões Revogadoras De Precedentes Consolidados À Luz Da Dogmática Jurídica Moderna E Do Novo Código De Processo Civil – CPC/2015. **Revista de Processo**, [s.l.], vol.258, ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.258.17.PDF> Acesso em: 25/02/2021.

⁵¹ “De acordo com a teoria clássica do precedente, a falta de uma *ratio* claramente adotada pela maioria em suporte do resultado retira do julgamento ou da decisão qualquer valor de precedente.” (WAMBAUGH, Eugene *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento Nas Cortes Supremas: Precedentes E Decisão Do Recurso Diante Do Novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.p.146)

⁵² Idem, ibidem, p.22.

⁵³ “A juridicidade tem de ser dotada de racionalidade, o que conduz à necessidade de coerência – ou melhor, como lembra a doutrina, de “dupla coerência” (double coherence). O direito à segurança jurídica constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas” (MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, vol.37, n.206. p.61-78, abr.2012)

entendimentos e da jurisprudência, criando não segurança jurídica, mas sim um “direito gasoso”⁵⁴, que antes mesmo de ser compreendido pelos destinatários, é novamente alterado⁵⁵. Logo, para se evitar que isso permaneça,

[d]eve-se avançar para um ambiente em que o juiz que não observar, sem justificativa fundamentada, os precedentes dos tribunais superiores seja, no mínimo, repreendido pelos seus pares, não só porque estará dando mais trabalho para o judiciário, mas, sobretudo, porque postergará a prestação jurisdicional às partes do processo. Estará prestando, pois, um desserviço ao Estado brasileiro⁵⁷.

Portanto, para que se resgarde a coisa julgada de decisões de matéria constitucional e se mantenha a estabilidade cumulada com a previsibilidade da ordem jurídica, a corte suprema necessita exercitar o seu caráter como corte de precedentes, tendo atuação harmoniosa por parte de seus membros, além prosseguir com a utili-

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 2021, p.66.

⁵⁵ A título de registro, cabe aqui tratar sobre mais uma demonstração da falta de uma cultura de precedentes por parte da Corte Suprema. Está em julgamento, durante a feitura deste artigo, dois Recursos Extraordinários RE 949.297 e RE 955.227 (Temas 881 e 885, do STF), que visam alterar os limites da coisa julgada em casos de trato continuado em matéria tributária. (BONFANTI, Cristiane. Limite da coisa julgada: relatores no STF votam pela quebra automática das decisões. **JOTA**, Brasília, 06 mai. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/limite-da-coisa-julgada-relatores-no-stf-votam-pela-quebra-automatica-das-decisoes-06052022>> Acesso em 09/05/2022). Em ambos, ficou evidente a despreocupação com a segurança jurídica por parte da Corte, mesmo com apenas alguns votos e a suspensão do julgamento, por pedido de vista. Em ambos, debate-se que as decisões em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade da Corte em relações continuadas tributárias cessam os efeitos da coisa julgada, de forma automática, quando há alteração do entendimento, sem a necessidade da propositura de ação rescisória ou revisional. Ou seja, basta haver alteração do entendimento da Corte acerca da constitucionalidade de uma lei, em controle abstrato ou difuso, para que a coisa julgada seja pulverizada, sem qualquer salvaguarda. O que prejudica não só os efeitos futuros, como afeta os atos concretos já praticados. E, mesmo que haja modulação dos efeitos, como propõem os Ministros Relatores, ainda assim não seria para proteger o passado, mas sim para definir quando a Fazenda poderá iniciar os ataques. Logo, mais uma vez, temos uma demonstração de uma total falta de cultura de precedentes e despreparo do Supremo na aplicação, criação, extinção e modificação de precedentes, suscitando em mais prejuízo à coisa julgada e ao princípio da segurança jurídica, constitucionalmente previstos, como se viu.

⁵⁶ É interessante aqui se utilizar do pensamento do jurista Zulmar Duarte. Segundo ele, utilizando-se da perspectiva do IRDR, o que se criou é um sistema *fast-food* de precedentes, no qual momentaneamente cria-se uma “[...] sensação de saciedade, mas a longo prazo tendem a ser insuficientes a satisfazer a fome da sociedade por justiça”. Isto porque, os precedentes criados pecam em fundamentação, por serem realizados de forma célere, sem o devido cuidado, sem teste de realidade, ou balizas históricas, ou saturação do conteúdo tratado, permitindo constantes revisões, alterações e modificações nos precedentes. Se observa no Brasil, a criação de um sistema que favorece a criação rápida de precedentes, e isso vai na contramão da própria lógica de precedentes, que envolve debates por anos, construções estáveis e fundadas na história e com confrontação com a realidade fática (DUARTE, Zulmar. Precedentes no novo CPC: fast food brasileiro. **JOTA**, [s.l.], 03 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/precedentes-no-novo-cpc-fast-food-brasileiro-02112015>> Acesso em: 09/05/2022).

⁵⁷ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.212.

zação do *prospective overruling*, para limitar os eventuais danos que alteração de precedentes possa ocasionar, por exemplo, inibindo a utilização do mesmo com efeitos retroativos, para fundamentar ação rescisória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os precedentes são uma ferramenta essencial para manter a estabilidade e a confiança no sistema jurídico, na medida que cria bases interpretativas para a aplicação de normas. Ato este que não restringe a discricionariedade do juiz, uma vez que existem técnicas, como o *distinguishing*.

No entanto, percebe-se que no Brasil criou-se um sistema diferenciado de precedentes, primeiro por, ao invés de haver uma vinculação tanto vertical quanto horizontal, existir uma tendência individualista, ou seja, de múltiplas interpretações sobre a tese fixada. Essa que é reiterada pela Corte Suprema que, quando aplica os precedentes, cada ministro aplica com interpretações distintas e torna frágil a *ratio decidendi* e menos valorizada para instâncias inferiores. E, segundo, por acertadamente reiterarem a garantia à coisa julgada, através da súmula 343, mas, negativamente, restringirem a sua aplicação e, logo, a proteção constitucional.

Pelo entendimento, as matérias que transitarem em julgado fundadas em precedentes em matérias constitucionais anteriores ou afrontarem definições posteriores de ações de controle concentrado, poderão ser alvo de ação rescisória, caso haja uma superação do precedente ou entendimento que as resguardava (*overruling*), violando toda a lógica que a teoria dos precedentes busca, que é a da segurança jurídica e da estabilidade.

O que leva a concluir que nacionalmente vigora um “sistema à brasileira” de precedentes, mesmo que o Código de Processo Civil siga, em sua maioria, as bases da teoria originária da *common law*. Isto porque, na prática, não se estruturou legitimamente com esse arcabouço, pois se permitiu o ataque à coisa julgada parcialmente e à segurança jurídica, rompendo com o objetivo dos precedentes de os proteger.

Por isso, aquele “sistema à brasileira”, resume-se na falta de uma cultura de precedentes que gera autocatálise dele, isto é, na sua própria deslegitimação e destruição. E que exige a aplicação do *prospective overruling*, da modulação de efeitos, para retirar a retroatividade e manter incólume a coisa julgada, ou de uma urgente alteração do entendimento prejudicial concedido pelo Supremo sobre a aplicabilidade da súmula 343. Em resumo, é necessária uma cultura de precedentes, uma atuação

que siga pelo menos o principal objetivo da ferramenta, que é o de proteção à coisa julgada e à segurança jurídica, para manter a estabilidade do ordenamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na Alteração da Jurisprudência Firme ou de Precedentes Vinculantes**. 1ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

_____. Modulação substitui com vantagens a Súmula 343 do Supremo. **Conjur**. São Paulo, 18 nov. 2017, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-18/teresa-arruda-alvim-modulacao-substitui-vantagens-sumula-343>> Acesso em: 27/10/2021.

_____. **Precedentes e evolução do direito**. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Editora RT, 1997.

BATISTA, Bruno Oliveira de Paula; BARBOZA, Laís Ramos. A Eficácia Temporal Do Precedente Na Decisão De Inconstitucionalidade Do STF: Breve Reflexão Sobre A Relação Com O Artigo 525, § 15, Do CPC. **II ENPEJUD: Decisão judicial: processo decisório e precedentes**. [s.l.], 2017. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/334>> Acesso em: 23/02/2021.

BONFANTI, Cristiane. Limite da coisa julgada: relatores no STF votam pela quebra automática das decisões. **JOTA**, Brasília, 06 mai. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/limite-da-coisa-julgada-relores-no-stf-votam-pela-quebra-automatica-das-decisoes-06052022>> Acesso em 09/05/2022.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. 1ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DUARTE, Zulmar. Precedentes no novo CPC: fast food brasileiro. **JOTA**, [s.l.], 03 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/precedentes-no-novo-cpc-fast-food-brasileiro-02112015>> Acesso em: 09/05/2022.

FIGUEIREDO, Judah Henrique Pinheiro de; VIEIRA, Lyvio Moizés Vasconcelos. Mecanismo De Superação De Precedentes Como Garantia Da Segurança Jurídica Sem A Perda Da Evolução Do Direito. **Revista Vertentes do Direito**, [s.l.], vol.6, n.1, p.88-107, 2019. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/download/6440/15308/>> Acesso em: 10/03/2021.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O Prospective Overruling Nas Supremas Cortes Brasileiras: A Possibilidade De Modulação Temporal Dos Efeitos Das Decisões Revogadoras De Precedentes Consolidados À Luz Da Dogmática Jurídica Moderna E Do Novo Código De Processo Civil – CPC/2015. **Revista de Processo**, [s.l.], vol.258, ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/boli_boi_2006/RPro_n.258.17.PDF> Acesso em: 25/02/2021.

JÚNIOR, Délio Mota de Oliveira. Segurança Jurídica E A Técnica De Distinção E Superação Dos Precedentes Judiciais. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Minas Gerais, vol.1, n.2, p.120-142, Jul./Dez. 2015. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisducao/article/download/234/235>> Acesso em: 23/02/2021.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – vol.1: Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum.** 60ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – vol.3.** 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare Decisis e Súmula vinculante: um estudo comparado. **Revista Direito, Estado e Sociedade.** [s.l.], n. 14, jan.-jul. 1999. p. 166. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html#_ftnref3> Acesso em 03/04/2021.

MATTEI, UGO. **Stare decisis: el valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America.** Giuffrè, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética Dos Precedentes.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Julgamento Nas Cortes Supremas: Precedentes E Decisão Do Recurso Diante Do Novo CPC.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, vol.37, n.206. p.61-78, abr.2012.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre A Common Law, Civil Law E O Precedente Judicial. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil.** [s.l.], 20-?. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>> Acesso em: 25/03/2021.

RE, Edward Dominic. Stare Decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Revista de processo**, [s.l.], vol. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>> Acesso em: 28/03/2021.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; SILVA, Luiz Felipe Ferreira Gomes. A Ineficácia Retrospectiva Do "Overruling" Para Vulnerar A Coisa Julgada: Uma Exigência Do Processo Justo. In.: VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA – PORTUGAL, 2017, Florianópolis. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II.** Florianópolis: CONPEDI, 2017,

ZAVASCKI, Teori. Ação Rescisória em matéria Constitucional. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais – 4ª série.** São Paulo: Ed. RT, 2001

Contatos: gustavopoco@uol.com.br e andrea.caraciola@mackenzie.br