

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

**CÂMBIOS DE JURISPRUDÊNCIA: *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* DO
PODER JUDICIÁRIO**

RAFAEL SANTOS DE BARROS E SILVA

Brasília

Março de 2012

**CÂMBIOS DE JURISPRUDÊNCIA: *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* DO
PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação submetida à Universidade de Brasília para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes

Brasília

2012

RAFAEL SANTOS DE BARROS E SILVA

**CÂMBIOS DE JURISPRUDÊNCIA: *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* DO
PODER JUDICIÁRIO**

O candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes

Membro: Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima

Membro: Professor Doutor Valter Shuenquener de Araújo

Membro Suplente: Professor Doutor Valcir Gassen

Dedico o presente trabalho:

Ao meu avô materno, Nestor – *in memoriam* - e à minha avó materna, Anunciada, pessoas simples que tiveram a sabedoria de investir na educação de seus descendentes.

À minha mãe, Néria, responsável por tudo que há de melhor na minha formação.

À minha mulher, Marcela, pela compreensão de, em nosso primeiro ano de casados, ter de suportar o sacrifício pessoal para a realização da dissertação.

A todos os meus professores, da academia e da vida.

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Universidade de Brasília por ter me dado a oportunidade de pesquisar o tema objeto desta dissertação.

A todos os professores que tive na pós-graduação da FD/UnB, em especial ao meu orientador, Dr. Jorge Amaury Maia Nunes, e aos Professores Drs. Frederico Viegas e Valcir Gassen.

Ao Professor Dr. Valter Shuenquener de Araújo pela disponibilidade em participar da avaliação e pela contribuição que traz à melhoria do presente trabalho.

Ao Professor Dr. Marcelo López Mesa, em razão do auxílio na pesquisa realizada na Argentina com a indicação de obras e julgados.

A Mariana do Rêgo Barros, pelas obras obtidas na Espanha.

A Edna Gisela Pizarro, em virtude do livro trazido de Porto Rico.

A todos os servidores do apoio administrativo da Faculdade de Direito da UnB.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa de Processo Civil da UnB, em especial, Fábio Quintas e Thiago Tajra.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa de Direito Tributário da UnB, em especial, Alex Potiguar.

Aos alunos que tive na condição de professor voluntário da FD/UnB, com os quais sempre aprendo, cada vez mais.

RESUMO

A presente dissertação analisa a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* perante o Poder Judiciário, especificamente no que se refere ao ato de mudança da jurisprudência no âmbito das Cortes Superiores.

Também nos sistemas de *Civil Law* a jurisprudência representa uma fonte do Direito que efetivamente cria normas jurídicas e passa a ser o principal objeto de interesse da comunidade jurídica que cada vez mais volta sua atenção para as decisões judiciais como se elas, por si sós, constituíssem o Direito. Tal postura tem demonstrado uma abordagem do direito semelhante à perspectiva defendida pelo Realismo Jurídico Norte-Americano.

Para que sejam evitadas situações de insegurança decorrentes de decisões judiciais contraditórias e instáveis deve-se analisar o direito enquanto sistema e excluir da atividade do julgador qualquer caráter discricionário.

A produção de normas pelos juízes, notadamente no âmbito das Cortes Superiores, cria pautas gerais que servem de diretrizes para toda a sociedade. Daí porque devem estar inseridas em um ambiente dotado de unidade e ordenação sob pena de não realizarem a função que lhes é assinada.

O ato judicial que implica câmbio de interpretação preenche todos os requisitos necessários para ser caracterizado como uma espécie de *venire contra factum proprium* do Poder Judiciário e represente uma contradição do sistema do direito. Não se defende a impossibilidade de mudança de orientação, essa, inclusive, pode se mostrar imprescindível, mas é necessário que haja um mecanismo de proteção dos jurisdicionados que pautaram sua conduta na regra até então vigente.

O órgão julgador é sujeito da relação processual e também deve respeito ao Princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* – manifestação do Princípio da Segurança Jurídica, uma vez que seus atos também geram expectativas não apenas nas partes do processo, mas na sociedade como um todo.

Mudanças de interpretação no âmbito dos tribunais superiores brasileiros são uma realidade e o sistema processual vigente, bem como o projeto de novo código de processo civil, não possuem qualquer instrumento específico e eficaz que garanta um direito ao cidadão de pode evitar os efeitos maléficos dessas alterações.

A criação de um recurso ou incidente processual específico que possa ser utilizado pelos cidadãos com o objetivo de ter preservada sua legítima expectativa depositada em uma orientação jurisprudencial até então consagrada é medida necessária.

Palavras-chaves: *Venire contra factum proprium*. Câmbios de jurisprudência. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This current dissertation aims at analyzing the ban enforcement on the *venire contra factum proprium* to the Judiciary Power, especially concerning changes upon the Jurisprudence action, in the scope of Higher Courts.

Similarly to *Civil Law* systems, the Jurisprudence represents a source of Law which effectively brings forth laws and, henceforth, is the main object of interest for the Law community, which has been focusing upon judicial decisions as if, the decisions themselves, constituted the Law. Such stance has shown a legal approach similar to the perspective adopted by the North American Legal Realism.

In order to avoid unsafe situations resulting from unstable and contradictory judicial decisions, one must analyze the Law as a system, in addition to excluding any discretionary decision from the judges' duties.

The elaboration of norms by judges, remarkably in the scope of Higher Courts, raises general questions which act as guidelines for the whole society. This is why such norms must be set in an organized and cohesive environment, on pain of not carrying out their assigned duties.

The judicial act, implying changes on interpretation, meets all the necessary requirements to be characterized as *venire contra factum proprium* in the Judiciary, and represents a contradiction in the Law system. One may not defend the impossibility of changing the orientation, as such orientation may be vitally important, but it is mandatory the establishment of a mechanism to protect those under the jurisdiction that have conducted themselves according to the current rules.

The judging body is the subject of the procedural relation, and also must abide the *nemo potest venire contra factum proprium* Principle – manifestation from the Legal Certainty Principle, as its actions also bring forth expectations, not only on the parties in the process, but also on the society as a whole.

Changes upon Interpretation over the scope in the Brazilian Higher Courts are commonplace, and the current procedural law, as well as the Project of a new Civil Procedure Code, do not possess any specific and effective instrument that can guarantee a determined right to all citizens, which may avoid the harmful effects caused by such changes.

It is mandatory to elaborate a resource or even a specific procedural incident that may be used by all citizens, aiming at preserving their legitimate expectation immersed in a jurisprudential orientation, so far consecrated.

Key-words: *Venire contra factum proprium*. Changes upon Jurisprudence. Legal Certainty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I - A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO	05
I.1 A função criadora das decisões judiciais	05
I.2 Da necessidade de uma visão realista para se analisar a questão dos câmbios de jurisprudência	09
CAPÍTULO II – SEGURANÇA JURÍDICA E PRODUÇÃO DE NORMAS PELO PODER JUDICIÁRIO	16
II.1 - O princípio da segurança jurídica representado pela coerência e uniformidade da produção jurisprudencial	16
II.2 O preço da falta de uniformidade jurisprudencial	20
II.3 Segurança Jurídica X Justiça	22
II.4 A análise sistêmica do direito e a exclusão da discricionariedade judicial como forma de garantir segurança jurídica por meio da previsibilidade das decisões judiciais	25
II.5 - A existência de contradições no sistema do direito	31
CAPÍTULO III - CÂMBIOS DE JURISPRUDÊNCIA	37
III.1 – Um exemplo de contradição no sistema do Direito	37
III.2 Quando alterar a interpretação veiculada nos precedentes?	40
III.3 – Câmbio de Jurisprudência e Segurança Jurídica	43
CAPÍTULO IV - A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS	47
IV.1 – Conceito e aspectos gerais da teoria	47
IV.2 - <i>VCFP</i> , Princípio da Boa-fé e Princípio da Legítima Confiança	49
IV.3 - Distinção entre o <i>venire contra factum proprium</i> e outras manifestações também decorrentes do princípio da boa-fé objetiva	52
IV.4 A teoria dos atos próprios no direito comparado	59

IV.4.1 Na Alemanha	59
IV.4.2 Na Espanha	62
IV.4.3 No direito anglo-saxão	63
IV.4.4 Na Argentina	65
IV.5. A teoria dos atos próprios no ordenamento jurídico brasileiro	66
IV.6. Limites à aplicação da teoria dos atos próprios	68
IV.7 Pressupostos para aplicação do <i>vcfp</i>	70
IV.8 Aplicação indistinta para atos judiciais e extrajudiciais	79
IV.9 Aplicação da teoria aos atos da administração pública	82
IV.10 Aplicação da teoria dos atos próprios aos atos judiciais – aplicação processual	86
IV.11 Efeitos da aplicação do <i>vcfp</i>	90
CAPÍTULO V – CÂMBIO DE JURISPRUDÊNCIA E TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS	94
V.1 Aplicação processual específica da teoria dos atos próprios aos atos contraditórios representados pelos câmbios de jurisprudência	94
V.2 Caracterização do câmbio de jurisprudência como sendo um ato de <i>venire contra factum proprium</i>	100
V.3 Identificação dos elementos da teoria dos atos próprios na decisão judicial surpreendente	106
CAPÍTULO VI – OS CÂMBIOS DE INTERPRETAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	114
VI.1 - Identificando câmbios de interpretação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	114

VI.2 – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à segurança jurídica frente os câmbios de jurisprudência_____	131
CAPÍTULO VII – DA PROTEÇÃO DO JURISDICIONADO CONTRA O VCFP DO PODER JUDICIÁRIO_____	138
VII.1 Dos instrumentos processuais existentes no ordenamento brasileiro para impedir ou evitar os efeitos surpresantes de um câmbio de jurisprudência_____	138
VII.2 Os câmbios de jurisprudência no projeto de novo Código de Processo Civil que está em trâmite no Congresso Nacional_____	142
VII.3 Dos instrumentos utilizados no direito norte-americano_____	147
VII.4 Solução proposta_____	150
CAPÍTULO VIII – CONCLUSÕES_____	160
IX – BIBLIOGRAFIA_____	162

LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

PBF – Princípio da Boa-Fé

VCFP – *venire contra factum proprium*

INTRODUÇÃO

O impulso para a realização da presente pesquisa não decorreu, primeiramente, de um anseio acadêmico. O estímulo partiu da inquietação do cidadão comum que não consegue compreender, nem aceitar, o fato de uma questão sua que vem a ser judicializada possuir desfecho diverso de uma idêntica que foi processada pelo seu vizinho, por exemplo, em razão de ter havido uma mudança na interpretação da norma aplicável por parte do Poder Judiciário.

O objetivo precípuo do presente estudo é caracterizar o ato judicial que implica câmbio de jurisprudência como uma espécie de *venire contra factum proprium* do Poder Judiciário e propor uma forma de proteção do jurisdicionado contra os efeitos nocivos deste ato. Para se chegar a essa conclusão, outros objetivos são perpassados no desenvolvimento da dissertação: 1) reconhecer que as decisões judiciais criam direito e geram legítimas expectativas nos jurisdicionados, que devem ser protegidas; 2) demonstrar que a concretização da segurança jurídica frente às decisões judiciais exige uma análise do direito como sistema e a exclusão da discricionariedade da atividade judicial; 3) constatar a ausência, no ordenamento brasileiro, de instrumentos processuais de proteção às expectativas dos jurisdicionados geradas pelas orientações pretorianas quando ocorre um câmbio e propor sugestões de solução.

A presente dissertação está inserida na temática da linha de pesquisa n.º 5 – Direitos Metaindividuais, Processo e suas Origens Romanistas – da Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade de Brasília a qual tem a seguinte preocupação¹:

¹Disponível em: <http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=460%3Alinha-de-pesquisa-5-direitos-metaindividuais-processo-e-suas-origens-romanistas&catid=170&Itemid=2785&lang=br>. Acesso em: 23.02.2012

A linha de pesquisa n.º 5, partindo da experiência, da dogmática, da visão sistêmica e científica do Direito, objetiva investigar, em especial, por intermédio das disciplinas Direito Civil-Constitucional, Direito das Relações de Consumo, Direito Processual Civil e Direito Romano, as diversas transformações ocorridas no ordenamento jurídico e as novas formas para a tutela dos direitos, objetivando a resolução dos conflitos.

O tema objeto da pesquisa ganha relevância por conta justamente de profundas transformações ocorridas no ordenamento jurídico pátrio, no caso, a crescente importância da força emanada das orientações jurisprudenciais.

A preocupação em estudar os danos causados pelos câmbios de jurisprudência tem origem na afirmação da existência de um direito metaindividual conferido a todos os cidadãos de serem protegidos dos efeitos maléficos decorrentes das viradas de interpretação, quando seu comportamento estava de acordo com a orientação pretérita.

Diante de um novo problema, surge a necessidade de ser pensada uma nova forma de tutela, no caso, defende-se a aplicação do *non potest venire contra factum proprium*, que tem origem no Direito Romano o qual, em diversas regras específicas, buscou coibir os atos incoerentes, como proteção dos jurisdicionados.

Primeiramente, o estudo analisa a jurisprudência como fonte do Direito, realizando uma incursão na doutrina do Realismo Jurídico e identificando a criação de normas pelo Poder Judiciário, inclusive nos sistemas de *Civil Law*. Firmada a premissa da produção de normas pelos juízes, notadamente no âmbito das Cortes Superiores das quais emanam pautas gerais que servem de diretrizes para os demais órgãos do Judiciário e para os cidadãos diretamente, passa-se, então, a estudar um dos limites que devem ser impostos a essa atividade criativa: o respeito às expectativas dos jurisdicionados.

Na sequência, ao investigar essa limitação que deve ser imposta à função criadora dos tribunais, analisa-se o Princípio da Segurança Jurídica, manifestado através da coerência e uniformidade das decisões, como forma de proteção dos cidadãos contra julgados surpreendentes que violem suas legítimas expectativas. O direito enquanto sistema e a exclusão da discricionariedade da atividade do julgador são aspectos analisados.

O passo seguinte consiste em estudar o instituto dos câmbios de jurisprudência, investigando o que eles representam no sistema do direito.

Em seguida, faz-se minuciosa análise da Teoria dos Atos Próprios, identificando-a como uma manifestação do Princípio da Segurança Jurídica, na medida em que busca conferir coerência e confiabilidade ao tráfego jurídico. Também neste ponto, é feita a devida caracterização do ato judicial de mudar jurisprudência como sendo um ato de *venire contra factum proprium*.

O presente trabalho também apresenta uma pesquisa de precedentes da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça que implicaram câmbio de interpretação nos últimos anos e julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais houve discussão referente à Segurança Jurídica frente às mudanças de jurisprudência.

Por último são analisados os instrumentos processuais existentes no ordenamento brasileiro que buscam impedir ou evitar decisões judiciais discrepantes que impeçam a desejada uniformidade jurisprudencial e, por fim, é apresentada uma proposta de solução que minimize a possibilidade de danos aos jurisdicionados em decorrência de decisões que violem suas legítimas expectativas fundadas em precedentes judiciais.

A metodologia aplicada consistiu na análise da literatura especializada buscando construir uma *interface* entre a doutrina da Teoria dos Atos Próprios com a doutrina processualista e com aquela relacionada ao Princípio da Segurança Jurídica. A ideia pretendida é a de consolidação do conhecimento sobre o tema para, a partir daí, buscar construir proposições. A análise de decisões judiciais também fez parte da metodologia e possui um tópico específico no trabalho. Pesquisa nas bibliotecas da Universidade de Buenos Aires (UBA) e da Suprema Corte Nacional de Justiça (SCNJ) da Argentina constituiu etapa da elaboração do trabalho.

CAPÍTULO I - A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

I.1 A função criadora das decisões judiciais

Dentro do sistema de *Civil Law*, a jurisprudência sempre apareceu como uma fonte secundária do direito, apresentando-se, apenas, para solucionar questões que não pudessem ser decididas com as normas legisladas. Esta posição decorre da própria origem dos Estados soberanos, onde se privilegiou um governo de leis, do povo, ao governo dos juízes. Privilegiar a certeza da norma, e não a variabilidade das decisões judiciais, esse era o objetivo.

Ocorre que a indicação legal da fonte – dizer que há a primazia do direito legislado – não exclui a necessidade de um instrumento para sua aplicação: o juiz. O magistrado, nesta tarefa, acaba por possuir um poder bem mais amplo que o próprio legislador, uma vez que é obrigado a superar o conhecimento desse a respeito da matéria, indo mais além para solucionar os casos postos à apreciação.

A lei, por óbvio, não esgota todo o direito necessário ao desenvolvimento da sociedade, assim, o Poder Judiciário, a quem cabe interpretar e aplicar a norma, com muita frequência desempenha uma função verdadeiramente criadora do direito.

Recorrendo às lições de CARDOZO, em tese, nenhum inconveniente haveria em filiar-se à opinião daqueles que consideram que a missão do juiz deveria se limitar a reprodução imitativa e que a obra criadora do Direito

somente caberia às leis, se realmente estas se tivessem revelado aptas a assumir a função que lhes assina².

Ocorre que, a experiência revela a cada instante a necessidade de algo mais que o simples enunciado das leis. As situações únicas ou novas que se reproduzem não podem contar de antemão com uma solução dada pelo legislador. Daí a afirmação de CARDOZO:

Se a legislação há de ocupar o lugar da ação criadora dos Tribunais, será preciso que uma comissão legislativa vigie permanentemente a nossa atuação para intervir à maneira de um supertribunal. E isto sem que nos seja dada a garantia de que a solução então proposta seja mais sábia que a nossa, sem falar que, em compensação, a sua fórmula rígida buscará impedir toda retificação ou solução de compromisso.³

A experiência da história jurídica comprova que a existência de tal comissão legislativa nunca poderia conservar-se, tanto que na França, onde foi instituída após a publicação do Código Napoleônico, terminou por transformar-se em um Tribunal: o Tribunal de Cassação.

A lei é um direito que vive enquanto é aplicada, enquanto possui efeitos concretos na vida individual dos cidadãos e conforme se compreenda e se interprete essa mesma aplicação por meio do Direito Judicial. A questão é: o direito pretoriano inicia-se com o direito legislado e prossegue na sua atividade criadora, uma vez que a força normativa da lei tem um alcance limitado, exigindo uma interpretação judicial e o resultado desta, invariavelmente, representa uma nova regra.

Essa construção já há muito não pode ser identificada como restrita aos países que adotam o sistema do *Common Law*. NADER, apesar de afirmar que a jurisprudência no Brasil teria função apenas orientadora, entende que os juízes

² CARDOZO, Benjamin Nathan. **Selected Writings**. New York: Fallon Publications, 1947. p. 245.

³ CARDOZO, Benjamin Nathan. **Selected Writings**. New York: Fallon Publications, 1947. p. 245.

indiretamente estão fazendo leis, só que, no entender do autor, aqui os juízes dos tribunais inferiores não são obrigados a decidir de acordo com os tribunais superiores, como ocorre nos países da *Common Law*⁴.

Os juízes criam normas diretamente e essa não obrigação de decidir de acordo com as Cortes Superiores, citada por NADER, atualmente é mais virtual do que real no Brasil, vide, para tomar um exemplo, o instituto da Súmula Vinculante.

Mesmo sem considerar o efeito vinculante de alguns pronunciamentos jurisprudenciais, verifica-se que o próprio sistema recursal brasileiro foi idealizado para que as decisões inferiores estejam em conformidade com a jurisprudência das Cortes Superiores, pois, acaso não estejam, serão objeto de recurso que deverá ser provido, caso realmente haja a discrepância e tenham sido superadas as barreiras de admissibilidade (vide os recursos especial, de revista, embargos de divergência, incidente de uniformização, arts. 543-B, 543-C, 557, do CPC, dentre outros dispositivos).

Ainda que sejam expressões diversas, o Direito brasileiro e o *Common Law* têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime adotado pelos países anglo-saxões, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de Tradição romanista⁵. Há, até, quem defenda a existência futura de um sistema único de *Common Law* porque esse seria o mais eficiente em dar soluções práticas e simples aos conflitos⁶.

Do ponto de vista substancial, não é diversa a “natureza” dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos consistem processos de criação do

⁴ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 207.

⁵ REALE, Miguel. **Fontes do Direito in Lições Preliminares de Direito**. 19ª edição. São Paulo, Saraiva, 1991. p. 169.

⁶ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte Americano**. São Paulo, Editora Landy, 2001. p. 162.

direito. Ocorre que o legislador, no exercício do seu poder criador, possui limites menos frequentes e menos precisos do que aqueles com os quais, geralmente, se depara o juiz, assim, quantitativamente, a criatividade do legislador é diversa, mas qualitativamente é idêntica.⁷

Não se questiona a validade ou legitimidade dessa atuação do Judiciário - cada vez mais crescente diante do descompasso existente entre o desenvolvimento da sociedade e a restrita capacidade produtiva do Poder Legislativo -, não se trata de verificar a conveniência ou não desse papel desempenhado pelos juízes em um sistema de *Civil Law*, mas, sim, de reconhecer as coisas como elas realmente são e se apresentam, ou seja, a criação de normas pelos tribunais é um fato e para o presente estudo serve de premissa (pressuposto) para investigar os câmbios de jurisprudência.

DIEZ-PICAZO afirma que o direito judicial tem que ter um passado e um futuro. Em primeiro lugar tem que ter certa uniformidade; segundo, deve estar fundado em prévios critérios homogêneos; e em terceiro, projetar-se no futuro como um critério diretivo que seja seguido pelos particulares destinatários das normas e, de alguma maneira, como linha de atuação para o direito judicial subsequente. A necessidade de conferir unidade e homogeneidade ao Direito Judicial obriga um labor doutrinário de classificação e tipificação das linhas de atuação da jurisprudência e exige também um trabalho de uniformidade nos critérios (crenças, convicções, etc.) de onde emana esse Direito Judicial⁸.

Assim, a preocupação aqui é com o futuro decorrente do fato de que efetivamente existe um direito judicial no ordenamento brasileiro. Constatada a criação de normas pelo Poder Judiciário, tem-se o ponto de partida para a

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 27.

⁸ DIEZ PICAZO-PONCE DE LEÓN, Luis. Prólogo de **El Principio General de La Buena Fé**, de Franz Wieacker. Madrid, Cuademo Civitas, Editorial Civitas S.A., 1982. p. 17-18.

construção de um raciocínio referente às expectativas dos jurisdicionados frente a esse direito produzido nos tribunais. Faz-se, então, uma análise crítica desse direito jurisprudencial, a respeito da sua previsibilidade, buscando-se impedir que o direito resultante da interpretação torne-se um arbítrio do julgador, extrapolando os limites que efetivamente lhes correspondem.

Não há dúvida de que o Poder Judiciário cria direito e que essa atividade é fonte do próprio direito. A questão que se põe é qual o limite dessa criação? Vários elementos devem ser estudados para que se chegue à construção de uma resposta cientificamente formulada (legitimidade, limites interpretativos, ativismo judicial, etc.). No presente trabalho, o foco é com o elemento de coerência entre as decisões como limite substancial da atividade precípua do Poder Judiciário.

I.2 Da necessidade de uma visão realista para se analisar a questão dos câmbios de jurisprudência

Nenhuma outra corrente doutrinária teve a preocupação que o Realismo Jurídico dedicou à criação do Direito pelos Tribunais. Nela se buscou construir uma oposição a tudo o quanto na moderna Ciência do Direito apenas se apresenta como fantasioso, divagação doutrinal ou romantismo destinado a fazer esquecer que a essência do Direito depende da sua efetiva realização e não daquilo que simplesmente é lançado ao papel.⁹

O realismo jurídico expressou a atitude de um grupo interessado em revisar a descrição convencional de como os Tribunais desempenhavam a sua função (JEROME FRANK, KARL N. LLEWELLYN, THURMAN ARNOLD, WALTER

⁹ PUIG BRUTAU, José. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS5, 1977. p. 27-28.

W. COOK, dentre outros). Graças ao realismo jurídico a atenção dos juristas americanos centralizou-se, até os dias de hoje, ao menos de maneira predominante, em torno do problema da natureza da função judicial, o que passou a ser denominado de *judicentric approach*¹⁰.

Nos Estados Unidos, no início do século passado, deu-se o surgimento desse movimento que passou a ser denominado de *Legal Realism*.

O objetivo desta corrente doutrinária era a análise do conteúdo e da forma de se obter a maior expressão do Direito que, para seus adeptos, consiste na decisão judicial, ou seja, a atividade de subsumir uma generalidade a um caso concreto.

A doutrina aponta que o ápice do *Legal Realism* teria ocorrido em meados da década de 30, mas uma frase de 1887, de autoria do *justice* O. W. HOLMES é apontada como a semente que originou as ideias fundantes do realismo jurídico:

Se quiseres conhecer o Direito, nada mais que o Direito, segue o exemplo do homem mau (*bad man*) que só se preocupa com as consequências materiais que semelhante conhecimento lhe permite antecipar, à diferença do homem bom que trata de justificar a sua conduta, tanto dentro como fora da sua consciência... Considerai o problema fundamental: Que é direito? Alguns escritores vos dirão que é coisa bem diversa do que decidem os Tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que se alicerça em algo deduzido de princípios éticos, de axiomas indubitáveis, ou do que mais seja que pode ou não coincidir com o que digam as sentenças. Mas se adotarmos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau, veremos que tanto se lhe dá que lhe falem em axiomas ou deduções, pois o que lhe interessa é tão-só saber o que decidirão, concretamente, os Tribunais de Massachusetts e da Inglaterra. Pois eu estou com o homem mau. O Direito, para mim, se resume, sem mais nem menos nas profecias sobre a ação efetiva dos Tribunais.¹¹

¹⁰ PATTERSON, Edwin W. **Cardozo's Philosophy of Law** in University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. Vol. 88, No. 1 (Nov., 1939), pp. 71-91.

¹¹ HOLMES, Oliver Wendell. **O Caminho do Direito** in Os Grandes Filósofos do Direito. Clarence Morris (org). São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 427.

Essas palavras proferidas por aquele que fora membro da Suprema Corte Norte-Americana devem ser lidas sem os mal entendidos que facilmente podem surgir de uma leitura descontextualizada.

Ainda que, à época, várias críticas tenham sido desferidas por aqueles que não compreenderam o real sentido do pensamento de Holmes¹², o fato é que hoje ninguém considera que o juiz da Suprema Corte tivesse em mente afastar ou reduzir a importância das considerações de natureza ética ou os valores da justiça, principal crítica que comum e erroneamente é dirigida a essa corrente doutrinária. Nunca foi pretensão do realismo jurídico negar a existência de um problema de valores, apenas se buscou, como método de observação da realidade, separar-se o problema do ser do dever ser.

JULIUS STONE cita um exemplo para aclarar o assunto. A decisão ou sentença de um Tribunal poderá ter sofrido inegavelmente a influência de uma concepção do dever-ser, ou seja, poderá vir referida a determinados valores que não se confundem, de modo algum, com as questões de fato. Do ponto de vista do historiador ou do pesquisador, que buscam simplesmente compreender o julgamento, semelhante “dever ser” (*ought*) se converte em algo que naturalmente “é”, quer dizer, em uma questão de fato. Para quem se coloca sob o ponto de vista do mero espectador, ocupado unicamente em apreender imparcialmente o que se passa, o que importa não é a validade do “dever-ser”, mas o fato de que o Tribunal o acolheu para fundamentar a sua decisão. Por conseguinte, os ideais do ator, relativamente ao que o direito deve ser, constituem, por igual, uma parte fundamental da observação dos fatos. Não se pretende em absoluto ignorar os ideais das pessoas observadas (juízes, advogados, litigantes...), mas é uma

¹² Dentre eles juristas do porte de ROSCOE POUND no livro **Contemporary Juristic Theory**, Claremont Califórnia: Claremont Colleges, 1940, p 1-28.

necessidade, para a exata observação, que o observador deixe de lado, transitoriamente, os seus próprios ideais, a fim de que não influam na fidelidade do registro¹³.

O fato é que os realistas não deixam de atribuir o devido valor ao elemento ideal de justiça ínsito ao Direito, mas a distinção *supra* é necessária para que se evite o equívoco, muito comum, de imaginar-se que basta desejar que algo deva ser Direito, para que efetivamente se converta em Direito. Daí STONE afirmar que o realismo de LLEWELYN defende que o Direito é o que fazem aqueles que estão encarregados de o aplicar, e não o que eles dizem que fazem ou o que os livros dizem que é ou que deveria ser¹⁴. Essa perspectiva não pode ser vista como uma visão doutrinária ultrapassada e remota apenas ao início do século passado ou, ainda, restrita àqueles que foram listados como adeptos ao realismo jurídico, tanto que DWORKIN, longe de ser considerado autor realista, não hesita em afirmar: “a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma.”¹⁵

Essa perspectiva observatória do realismo jurídico não representa uma postura inerte em relação àquilo que seja decidido pelos tribunais. JEROME FRANK já ponderava ser falso que os juízes pudessem decidir os seus casos do modo que melhor lhe aproovessem¹⁶, mas o fato de o juiz não poder decidir ao seu puro arbítrio, não significa que sua decisão resulte predeterminada pela vontade do legislador¹⁷.

Ao se examinar a margem de arbítrio de que gozam os juízes, com certeza a missão do julgador não se reduz a uma mera explicação da lei, vai muito

¹³ STONE, Julius. **The Province and the Function of Law**. Buffalo, NY: William S. Hein, 1990. p. 382-383.

¹⁴ STONE, Julius. Op. Cit. p. 416. Essa frase não aparece literalmente no artigo de Llewellyn, mas pode ser claramente retirada das ideias expressas no artigo intitulado **Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound**, publicado na Harvard Law Review, Vol. 44, No. 8, Jun., 1931.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 4.

¹⁶ FRANK, Jerome. **Courts on Trial**. New Jersey: Princeton University Press, 1973. p. 285.

¹⁷ PUIG BRUTAU, José. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS/5, 1977. p. 33.

além, conciliando o direito legislado com as exigências da prática. A jurisprudência não está aprisionada na lei é, na verdade, seu impulso para progredir.

Tudo isso fica perfeitamente sintetizado na célebre frase de HOLMES: “A vida do direito não foi a lógica; foi a experiência”¹⁸. Tal sentença continua atual nos dias de hoje, quando se verifica que a pura lógica formal é incapaz de antecipar qual será a conclusão de uma sentença, ainda que, uma vez dado o dispositivo da decisão, essa conclusão pareça ser óbvia.

Em um sistema como o brasileiro, de *Civil Law*, o direito positivado informa aos juízes as premissas indispensáveis a um raciocínio logicamente consistente, ou seja, o juiz não é livre para escolher as premissas (toma-se essa afirmativa como uma verdade parcial, a verdade desejada).

Ocorre que as premissas previstas na legislação, muitas das vezes, não estão perfeitamente delimitadas e, ainda que estejam, a obtenção de premissa menor é tarefa que compete ao julgador. Assim, o raciocínio lógico excluiria a criação do direito na função judicial apenas quando as normas da legislação se reduzissem a regras estritas.

Dentro da doutrina do *Legal Realism* as regras jurídicas possuem apenas um valor instrumental que permitem meras probabilidades para um resultado em relação ao qual apenas se terá conhecimento quando da prolação da decisão judicial, que será o verdadeiro direito.

A função de julgar poucas vezes começa com uma premissa da qual se possa obter, em seguida, uma consequência. O juízo, na mente do julgador,

¹⁸ HOLMES, Oliver Wendell. O Direito Comum – As origens do direito Anglo-Americano. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 29.

costuma iniciar-se com uma conclusão mais ou menos vagamente formulada, para buscar ao depois as premissas capazes de a sustentar¹⁹.

Assim, o processo decisório começa pelo resultado para só depois procurar-se o princípio que o justifica. Dentro dessa construção, CARDOZO afirma que é exatamente o contrário do que aparece no conjunto da doutrina jurídica: os fatores resultam invertidos; de sorte que o princípio se afirma como causa inicial da qual decorreu o resultado, como se fosse necessariamente uma dedução daquela²⁰.

A par do exagero decorrente de uma aceitação incondicionada dessa afirmação, é inegável que o ato de julgar poucas vezes começa com uma premissa da qual se possa obter, em seguida, uma consequência. O juízo, na mente do juiz, costuma iniciar-se com uma conclusão, para depois fundamentá-la, até porque, como afirmava HOLMES, “a qualquer conclusão se pode conferir uma forma lógica”²¹.

No presente trabalho, toma-se, então, a visão do realismo jurídico, do *homem mau*, reconhecendo que o “ser” do direito é a decisão judicial, inclusive no nosso sistema de *Civil Law*, para, a partir daí, analisar a questão da segurança jurídica frente a esse direito, especificamente estudando a questão dos câmbios de jurisprudência.

Assim, não sendo desconsideradas, muito menos desprezadas, todas as questões, igualmente importantes, referentes às razões pelas quais determinados valores são consagrados em uma norma, seja ela legal ou judicial, o enfoque do presente trabalho tem uma visão realista para: identificar a decisão judicial oriunda de uma Corte Superior como uma norma jurídica a ser seguida por

¹⁹ JEROME FRANK, *Law and the Modern Mind*, 6ª edição, New York: Anchor Books, 1963, p. 108.

²⁰ CARDOZO, Benjamin Nathan. *Selected Writings*. New York: Fallon Publications, 1947. p. 179.

²¹ HOLMES, Oliver Wendell. *O Caminho do Direito* in Os Grandes Filósofos do Direito. Clarence Morris (org). São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 431.

todos que se encontrem na mesma situação daquele cidadão parte no processo onde foi proferida; analisar a previsibilidade em relação às futuras decisões para os casos idênticos; preocupar-se com a quebra dessa confiança gerada, caracterizando-a como um ato de *venire contra factum proprium*.

CAPÍTULO II – SEGURANÇA JURÍDICA E PRODUÇÃO DE NORMAS PELO PODER JUDICIÁRIO

II.1 - O princípio da segurança jurídica representado pela coerência e uniformidade da produção jurisprudencial

Firmada a premissa da jurisprudência como fonte de direito, inclusive, em ordenamentos jurídicos da *civil law*, como o brasileiro, e focada a preocupação na decisão judicial como norma, cabe agora analisar o Princípio da Segurança Jurídica como fator determinante para uma produção pretoriana coerente e uniforme.

Não importa a conceituação que possa ser dada à expressão *Segurança Jurídica*, no seu cerne sempre estará presente a concepção de pautas por meio das quais o cidadão possa conduzir seu comportamento nas mais diversas relações jurídicas das quais faça parte. O Direito surge, então, como meio através do qual essas pautas serão estabelecidas.

O instituto da Segurança Jurídica, dentro de uma perspectiva de Ordenamento Jurídico na visão de Bobbio²², ou seja, pleno, sem lacunas e que se autocomplementa a partir de suas diversas fontes de criação, deve ser visto não como um princípio a ser seguido, mas, antes, como fundamento (causa, razão) do Ordenamento, tenha, ou não, sede constitucional.

CANOTILHO, pensando na segurança jurídica frente às normas legisladas, afirma que esse princípio necessita de outros dois para ser concretizado: o princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e

²² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 115.

densas e densas e o princípio da confiança, esse traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos²³.

Para o autor português, o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, ligam-se efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Afirma, então, que esses princípios apontam para: (1) proibição de leis retroativas; (2) inalterabilidade do caso julgado; (3) tendencial irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos.

Toda essa construção doutrinária, e também jurisprudencial, criadas em torno da segurança jurídica frente às normas legisladas deve ser aplicada também às normas judiciais, logicamente, com as devidas adaptações que se mostrarem necessárias. O que não se pode admitir é que apenas o legislador deva respeitar as expectativas dos cidadãos frente às garantias que lhes foram asseguradas anteriormente.

A questão da impossibilidade de retroatividade das normas é sempre suscitada quando se analisa a segurança jurídica. O mais comum é que as normas não possuam aplicação para situações pretéritas, mas isso não representa uma proibição absoluta de retroatividade das leis, uma vez que isso impediria o legislador de realizar novas exigências de justiça e de concretizar as ideias de ordenação social²⁴.

Diante dessa perspectiva, não se cogita falar em “Princípio da Segurança Jurídica do contribuinte”, “do administrado”, “do consumidor” ou

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 372.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 375

congêneres. A segurança jurídica é do Ordenamento e não serve para protegê-lo, antes, serve-lhe de fundamento²⁵.

No Brasil, a doutrina do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada tem-se mostrado insuficiente à completa proteção dos cidadãos contra alteração de situações consolidadas, já que determinados casos dela não recebem abrigo, como, por exemplo, alterações de relações estatutárias, revisões ou até mesmo supressão de institutos jurídicos, bem como, o que aqui interessa, alterações jurisprudenciais.

Dessa forma, o Princípio da Segurança Jurídica tem servido à proteção de situações não abarcadas pelo direito adquirido, conforme assinala a doutrina brasileira:

É bem verdade que, em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma idéia menos precisa e, por isso mesmo, mais abrangente, que é o princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito. A revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscita indagações relevantes no contexto de segurança jurídica.

A idéia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico.

Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão constitucional grave.

Assim, ainda que não se possa invocar a idéia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou que não se possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer *tabula rasa*, das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo.

...

Em geral, associam-se aqui elementos de variada ordem ligados à boa-fé da pessoa afetada pela medida, a confiança depositada na inalterabilidade da situação e o decurso de tempo razoável.

...

Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.²⁶

²⁵ Sobre esse aspecto importante registrar a distinção do presente trabalho para outros que analisam a questão da segurança jurídica sempre focando num determinado ponto de vista, parcial.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 473-474.

Tem-se, então, que o Princípio da Segurança Jurídica se apresenta como uma garantia mais ampla do que a prevista no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, protegendo os cidadãos contra as mais diversas manifestações que violam a estabilidade das relações jurídicas.

Tem-se, ao menos, três dimensões ao Princípio da Segurança Jurídica: 1) Conhecimento e certeza do Direito Positivo (publicidade das normas e prévios critérios para sua criação e alteração; 2) Confiança dos cidadãos nas instituições públicas e na ordem jurídica em geral enquanto garantidoras da paz social (credibilidade das instituições que produzem normas e das que as interpretam frente ao povo); 3) Forma de prever as consequências jurídicas derivadas das ações próprias e de terceiros (previsão sobre as consequência jurídicas dos atos em geral).

É nesta terceira dimensão – previsibilidade quantos às ações próprias e de terceiros – que se enquadra a Teoria dos Atos Próprios como manifestação do Princípio da Segurança Jurídica. Esse dever de previsibilidade é imposto aos particulares e, ainda com maior grau de vinculação, ao Estado, de maneira que devem ser assumidas condutas coerentes com os atos anteriores, evitando-se incerteza quanto aos atos futuros.

Sob essa perspectiva, verifica-se a existência do Estado manifestado na segurança do cidadão frente a uma autoridade capaz de compor conflitos e através de um sistema sancionador – uma Instância Supraindividual (*überindividuelle Instanz*) que determina formas de comportamento²⁷.

Ao lado dessa função orientadora, a Segurança Jurídica também exerce função de garantia de direitos, diante da existência de instrumentos que

²⁷ NOVOA, César García. **El Principio de Seguridad Jurídica em Matéria Tributária**. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000. p. 23.

servem para tutelar interesses individuais e, ainda, harmoniza tais interesses quando esses, eventualmente, entram em colisão.

Focando a concepção da Segurança Jurídica por meio da criação de pautas de comportamento, temos que a principal manifestação do princípio para essa hipótese consiste no que SAINZ DE BUJANDA chama de “*interdicción de la arbitrariedad*” e que pode ser entendido de dois pontos de vista.²⁸

Em primeira perspectiva, essa vedação à arbitrariedade consiste no fato de a aplicação do Direito estar subordinada à lei, vedando-se decisões discricionárias, sendo exigida fundamentação com base no direito positivo para a formulação da pauta.

Sob um segundo aspecto, e que aqui mais nos interessa, a vedação à arbitrariedade significa o repúdio a situações que, **mesmo sem infringir a ordem legal**, impliquem uma mudança na pauta de conduta, tornando difícil ao cidadão prever qual deve ser a norma aplicada ao seu comportamento.

Uma mudança na jurisprudência de um tribunal superior, por exemplo, por si só, não representa infringência a qualquer norma legal, entretanto, ao implicar mudança repentina em uma pauta de conduta que já se encontrava consolidada no mundo jurídico, tal ato passa a ser arbitrário quando não protege aqueles que confiaram na norma judicial anterior.

II.2 O preço da falta de uniformidade jurisprudencial

²⁸ *Apud in* NOVOA, César García. **El Principio de Seguridad Jurídica em Matéria Tributária**. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000. p. 81.

Os precedentes em determinada área do direito representam um capital consistente em um conjunto de conhecimentos que presta serviços aos potenciais litigantes informando acerca de suas obrigações legais²⁹.

Na medida em que a sociedade não conta com esse capital, é dizer, com precedentes jurisprudenciais uniformes e com interpretações claras do direito positivo, os indivíduos não podem avaliar com exatidão as consequências jurídicas de seus atos, o que os induz a não realizar condutas econômicas, desnecessariamente transformadas em condutas arriscadas, diante da apatia dos juízes em refletir acerca das consequências finais da inconsistência de suas decisões.

A ausência deste capital, ou seja, a existência de um ambiente jurídico proliferado de decisões divergentes representa um incentivo ao ajuizamento de ações e, ao mesmo tempo, gera resistência às pretensões nelas veiculadas, uma vez que ambos os litigantes apostam no sucesso de seus argumentos, reduzindo a possibilidade de composição dos conflitos.

Por outro lado, em um ordenamento com decisões judiciais que apresentam maior uniformidade a relação custo/benefício em relação à razão pretensão/resistência fica mais evidenciada, permitindo mais bem identificar as expectativas que cada parte pode ter em relação ao deslinde do processo.

A verticalização dos julgamentos (súmula vinculante, julgamento representativo da controvérsia, etc.) tende a oferecer maior previsibilidade do posicionamento dos órgãos judiciários e, com isso, serve de base informativa para a concepção, por cada uma das partes, do valor relativo de suas pretensões. Da mesma forma, esta previsibilidade faz com que aumentem as possibilidades de

²⁹ POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 836

transação na medida em que os argumentos de uma ou de outra parte tenham maior ou menor possibilidade de reconhecimento judicial³⁰.

A compatibilização dos julgamentos de uma forma coerente tem o efeito de reduzir o número de demandas à proporção que os precedentes fornecem informação confiável quanto ao desfecho do processo. Isso reduz a busca do serviços prestado pelo Poder Judiciário nos casos similares aos já apreciados³¹.

Assim, os precedentes verticais buscam reduzir a incerteza, orientando os jurisdicionados a respeito de seus direitos e deveres em situações fáticas e juridicamente similares às já analisadas e decididas.

Nada obstante essas boas intenções, a existência dos precedentes verticais, ainda que suas decisões sejam vinculantes, não impede que seus enunciados venham a ser posteriormente cambiados pelos próprios órgãos prolores, não havendo garantia quanto à sua permanência, nem quanto à proteção daqueles que venham a ser surpreendidos pela sua mudança, situação factível em nosso ordenamento (cancelamento de súmulas de tribunais superiores ou edição de súmula vinculante baseada em jurisprudência recente que alterou entendimento antes consolidado, como foi o caso da SV 21) e que igualmente aumenta os custos das relações processuais e, podem, mesmo, anular o benefício que se obteria com a existência desses precedentes.

II.3 Segurança Jurídica X Justiça

Esse direito pretoriano é o centro de um debate eterno no mundo jurídico ao contrapor exigências que por vezes são consideradas inconciliáveis: a

³⁰ DIAS, José Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 100.

³¹ POSNER, Richard. **Análisis Económico del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 839.

exigência de um direito certo, em que haja previsibilidade das decisões judiciais e a necessidade de um direito que seja tido como adequado à realidade constitucional, expressando a ideia de justiça.

Nada obstante as funções de orientação e garantia estejam bem delineadas no Princípio da Segurança Jurídica é comum verificar-se um conflito entre essa e um critério de Justiça, criando-se um tradicional embate axiológico contra o positivismo. RADBRUCH descreve bem esse conflito afirmando que não é suficiente estabelecer o que deve ser jurídico, sendo necessário assinalar o que deve ser justo em seus conteúdos³².

Com certeza, a Segurança Jurídica não pode se sustentar por si só, como se fora um argumento de autoridade. É necessário que o conteúdo do ordenamento seja justo, caso contrário teríamos o que PEREZ LUÑO chama de “*seguridad de la inseguridad*”³³. Faz-se necessário compatibilizar o conceito de segurança com o de *justiça-valor* para que seja superada uma visão de segurança baseada simplesmente em pressupostos positivistas e conservadores que buscam uma pretensa certeza do direito.

Nada obstante, em diversas ocasiões a concretização da Segurança Jurídica se dará por meio da manutenção de situações aparentemente injustas e isso faz parte da essência de diversos institutos jurídicos como a decadência e a prescrição ou a impossibilidade de revisar situações já consolidadas. Há quem afirme que para esses conflitos a solução estará na primazia da Segurança sobre a justiça³⁴; prefere-se afirmar que, nesses casos, a Justiça é concretizada por meio da

³² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Vol. I. 4ª edição. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961. p. 101.

³³ PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. **La Seguridad Jurídica: Una Garantía Del Derecho y La Justicia**. UNED, Boletín da Facultad de Derecho, número 15, 2000. p. 4. Disponível em: < <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2000-15-48A09575&dsID=PDF>>. Acesso em 23.02.2012.

³⁴ NOVOA, César García. **El Principio de Seguridad Jurídica em Matéria Tributária**. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000. p. 26.

Segurança, pois a existência de institutos que impeçam a alteração de situações consolidadas visa a proteger as legítimas expectativas dos cidadãos que foram geradas pelo decurso do tempo.

É certo que uma absoluta segurança quanto à previsão da conduta a ser adotada só existiria se houvesse uma imutabilidade de interpretação, o que não é aqui defendido. Quem tem competência para interpretar a norma, necessariamente também tem competência implícita para se autocorriger e para modificar sua própria interpretação quando assim se fizer necessário. Nada obstante, essa mudança de interpretação para ser válida tem que ser baseada em métodos de interpretação justificados e proteger aqueles que tenham agido de acordo com a norma judicial até então vigente para que não sejam prejudicados pela virada hermenêutica.

Assim, o câmbio de interpretação faz parte da normalidade do Direito, cabendo resguardar-se a segurança jurídica através da utilização de métodos de exegese normativa – e também de instrumentos processuais adequados - admitidos no ordenamento e que possuam a necessária dignidade metodológica capaz justificar a mudança da interpretação judicial com base em fundamentos racionais. Do contrário, a instabilidade causada pela falta de previsibilidade afastará o cidadão do Direito, vide milícias criadas em comunidades onde não há presença do Estado e nem confiança na solução estatal que é proposta para os problemas sociais.

É possível que as circunstâncias de fato, o conteúdo axiológico envolvido ou simplesmente uma releitura da legislação demonstre ser uma dada interpretação judicial errada, que não pode subsistir ou, mesmo, que nunca deveria

ter sido estabelecida, devendo outra orientação jurisprudencial ser firmada, sob pena de manter-se um estado de injustiça.

Entretanto, o fato de essa norma judicial ter sido, em algum momento, sufragada pelo tribunal, gerando expectativas nos cidadãos jurisdicionados, deve ser levado em consideração sob pena de outra injustiça ser cometida.

II.4 A análise sistêmica do direito e a exclusão da discricionariedade judicial como forma de garantir segurança jurídica por meio da previsibilidade das decisões judiciais

Tome-se o Direito como um sistema na concepção de CANARIS. Em sua obra, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, o autor alemão elenca diversos conceitos de sistema para, ao final, afirmar que, seja qual for a concepção conceitual adotada, duas características sempre estão presentes qualquer definição dada: ordenação e unidade.

Com a ordenação se busca exprimir um estado de coisas intrínseco, racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Quanto à unidade, esta característica modifica o que já resulta da ordenação não permitindo que ocorra uma dispersão numa multitude de singularidade desconexas³⁵.

Para demonstrar a existência de um sistema, CANARIS comprova a presença desses dois elementos – ordenação e unidade – no direito. Afirma que ordem e unidade são bem mais que do que pressupostos de natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia. Assim, tais características

³⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 12-13.

pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam na própria ideia de Direito. Diz o autor:

A exigência de ordem resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença: tanto o legislador **como o juiz** estão adstritos a retomar e conseqüentemente os valores encontrados, pensando-os até o fim.³⁶ (grifo nosso).

Quanto à unidade no direito, CANARIS afirma que não se trataria apenas de um “postulado lógico-jurídico”, antes se reconduzindo, da mesma forma, ao princípio da igualdade. Afirma:

Por um lado ela constitui - nos seus, por assim dizer, componentes negativos – apenas de novo uma emanação do princípio da igualdade, enquanto procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica (o que já está abrangido pela ideia de adequação) e por outro – no seu componente positivo – ela não representa mais do que a realização da “tendência generalizadora” da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios abstractos e gerais. Através deste último, garante-se que a “ordem” do Direito não se dispersa numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos; e com isso fica também demonstrada a efectividade da segunda característica do conceito de sistema, da unidade.³⁷

Assim, sustenta-se a ideia de sistema jurídico justificado a partir do princípio da justiça e suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência a generalização. Mas não é só.

A segurança jurídica igualmente se apresenta como justificativa do sistema jurídico. Seja qual for a forma de manifestação deste princípio (determinabilidade e previsibilidade do Direito; estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência; praticabilidade da aplicação do Direito) ele pressiona

³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 18.

³⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. Cit. p. 20-21.

para a formação de um sistema, pois todos esse objetivos são melhor perseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e de fácil contradição entre elas³⁸. Assim, segurança jurídica não é apenas um postulado, como também um pressuposto do Direito e do pensamento sistemático.

A teoria da justiça de DWORKIN pode ser inserida neste sistema de direito estruturado por CANARIS na medida em que afasta a discricionariedade da atividade judicial ao defender uma racionalidade da atividade do juiz para se chegar a uma única decisão correta para cada caso³⁹, elemento diretamente ligado à unidade e coerência do sistema.

Ora, se não for excluída a discricionariedade do sistema do direito é impossível falar-se em sistema, em unicidade e, para o que aqui nos interessa, os câmbios de jurisprudência deixam de ser vistos como uma ruptura, pois a simultaneidade de decisões contraditórias passaria a ser legitimada pela discricionariedade judicial.

A questão da coerência das decisões judiciais também é uma preocupação de DWORKIN. Na reconstrução do direito em cada caso com base nos precedentes, o juiz deve decidir os casos novos de modo que sejam coerentes com todas as decisões anteriores. O procedimento adotado pelo juiz assemelha-se ao procedimento adotado por um escritor de um romance em cadeia⁴⁰, que elabora cada novo capítulo do livro de modo harmônico com os capítulos anteriores, ainda que esses tenham sido escritos por outros autores.

³⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 22.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275.

O exemplo do romance em cadeia aponta a exigência de que cada decisão judicial deve estar inserida de modo harmônico no sistema do direito. A coerência é a chave da compreensão do direito como integridade por harmonizar passado, presente e futuro, conferindo validade às decisões judiciais.

A coerência entre as decisões judiciais (DWORKIN) vai implicar coerência do sistema (CANARIS) e isso é algo que vai além da mera não-contradição, uma vez que busca estabelecer um acordo (uma conformidade) entre os participantes do processo dialético de maneira a conferir-lhe validade.

HABERMAS explica o sentido de coerência em DWORKIN nos seguintes termos:

Coerência é uma medida para **a validade de uma declaração**, a qual é mais fraca que a verdade analítica, obtida através da dedução lógica, porém mais forte do que o critério da não-contradição. A coerência entre enunciados é produzida através de argumentos substanciais (no sentido de Toulmin), portanto através de argumentos que revelam a qualidade programática de produzir um acordo racionalmente motivado entre participante da argumentação.⁴¹ - Grifo nosso.

A interpretação judicial não é uma mera questão de escolha, não existe para o intérprete a opção de aplicar os princípios ou regras, em maior ou menor grau, por exemplo. Seja princípio, seja regra, estando o magistrado diante de um caso que se amolda a determinada norma de conduta prescrita – legal ou judicialmente -, assim deve ser procedido, não havendo espaço para a discricionariedade nesta atividade.

Da mesma forma, deveriam os precedentes também serem de aplicação obrigatória quando o caso em análise preencher os requisitos de similitude com os que foram analisados para a formação da jurisprudência vigente, não

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 1, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 262.

cabendo ao julgador, escolher aplicá-los ou não. Veja-se que DWORKIN, mesmo para aquelas situações difíceis (*hard cases*), em relação às quais não há precedentes, determina que apenas uma solução tomada poderá ser a correta, ou seja, não se imagina que, existindo precedentes aplicáveis a um determinado caso possa o magistrado simplesmente deixar de aplicá-lo. Tal situação configuraria vulneração ao Princípio da Igualdade.

A principal preocupação de DWORKIN ao afastar a discricionariedade da atividade judicial é impedir que os juízes, com suas decisões, criem novas regras, *ex post facto*, desconsiderando as normas pré-existentes e em relação às quais as partes já tenham criado legítimas expectativas. Assim, sustenta que, mesmo diante dos *hard cases*, os juízes não possuem poderes discricionários para criar o direito aplicável à sua solução concreta, mormente porque as partes em um processo fazem *jus* ao direito de obter uma solução de conformidade com o ordenamento pré-existente, independentemente de a natureza do caso ser ou não difícil.

Admitir que um magistrado possa, em decorrência da vagueza normativa, exercer esse poder, ou faculdade, naquele sentido “forte” de discricionariedade⁴², é permitir que possa ele criar o direito, inovando no sistema jurídico exclusivamente para resolver um determinado caso de forma casuística, atribuindo-lhe competência de legislador e isso não se admite, pois ainda que a atividade judicial tenha função criativa, possui limites, dentre eles o de respeitar os precedentes.

Em um Estado Democrático de Direito não há como se justificar discricionariedade na atuação judicial, seja pela própria separação dos Poderes

⁴² Por discricionariedade em sentido forte deve-se entender a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou a idéia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada maneira. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª edição. São Paulo, Martins Fontes, 2007. p. 71.

(funções), seja pela total ausência de legitimidade democrática para tanto, bem como pela impossibilidade de normas serem criadas apenas quando do momento de decidir uma determinada lide, impedindo que as partes saibam as regras do jogo antes de se lançarem à disputa judicial. É o caso de alterar-se uma regra jurisprudencial na qual a parte depositou sua legítima confiança haja vista a jurisprudência consolidada.

Os juízes não gozam de discricionariedade, nem de poderes excepcionais para criar normas jurídicas diante de caso concreto algum, ainda que a solução deste seja difícil. Nada obstante, isso não significa que não criem normas jurídicas e que suas decisões não tenham um caráter criativo do direito. O próprio DWORKIN reconhece que o labor judicial envolve um caráter criativo⁴³, nada obstante, a criação de uma norma jurídica por meio de uma decisão judicial não significa a existência de discricionariedade na atividade do magistrado.

A atividade interpretativa, por si só, já cria uma norma (judicial) a partir de outra (legal) sem que com isso esteja o juiz livre para utilizar sua oportunidade e conveniência na adoção dos critérios que sejam relevantes para decidir determinado caso.

O certo é que, para DWORKIN, esse tipo de discricionariedade judicial (“forte”) não existe, vez que os sistemas jurídicos são normativamente compostos, não só pelas regras, mas também por princípios, os quais têm a mesma eficácia daquelas, estando os juízes a eles também vinculados, de modo que devem neles buscar a solução dos casos difíceis, diante dos quais, igualmente como acontece nos demais casos, as partes têm sempre o direito de receber do judiciário uma única resposta correta.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª edição. São Paulo, Martins Fontes, 2007. p. 128-129.

Esse último ponto assinalado nas teorias de DWORKIN – o direito de receber uma única resposta correta – toca diretamente no objeto de estudo do presente trabalho. Com efeito, na medida em que apenas uma deve ser a decisão correta, duas conclusões devem ser extraídas no que concerne à produção jurisprudencial: **1)** A ideia de uma única decisão correta exige uniformidade na jurisprudência criada em um determinado ordenamento, pois, do contrário, se não há essa exigência, deve-se admitir por natural – e não violadora ao sistema – a ideia de interpretações judiciais discrepantes e, ao mesmo tempo, todas simultaneamente válidas, o que não é o caso. O próprio sistema recursal brasileiro já indica que não se deve admitir decisões divergentes; **2)** Um câmbio de jurisprudência representa uma correção do Direito, pois a nova decisão passa a ser a única decisão correta e a interpretação superada é tida como errada, talvez sempre assim tenha sido ou apenas foi superada por razões de fato ou direito.

II.5 - A existência de contradições no sistema do direito

Nada obstante a ordenação, unidade e a ausência de discricionariedade sejam pressupostos e postulados para um sistema do direito, esse não está imune a contradições.

CANARIS, recusando a ideia de o Sistema do Direito ser um sistema axiomático-dedutivo, pois, para isso, seria necessário conceber-se um sistema ausente de contradições e que contivesse plenitude, afirma serem essas duas características impossíveis de se verificar no direito⁴⁴.

⁴⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 40.

A inexistência de contradições só seria admissível, em tese, em um sistema exclusivamente de normas. Ocorre que o direito é um sistema de normas e valores, não sendo possível imaginá-lo constituído apenas de normas, uma vez que essas se apóiam em valores⁴⁵. Além do mais, é impossível imaginar-se um sistema formado exclusivamente de axiomas quando por vezes regras e exceções são obtidas por uma interpretação criativa do direito veiculada em sentenças aditivas, por exemplo.

A plenitude do sistema do direito igualmente é impossível de ser alcançada, pelo simples fato da existência de lacunas que necessitam ser integradas. Em um sistema axiomático, o Direito, por pressuposto, exigiria que para todos os casos de lacuna houvesse, na ordem jurídica, uma valorização integrativa, o que também não se verifica. Em muitos casos a criação de proposições jurídicas só pode ser realizada perante o caso concreto ou em face de grupos considerados como típicos, como no direito de massas⁴⁶, o que faz com que a dogmatização prévia desse tipo de norma seja inadmissível.

NEVES esclarece bem essa questão ao afirmar que o ordenamento jurídico, enquanto um todo nomoempírico prescritivo, só se configura em função da unidade normativa, que é diferente da unicidade da norma. A unidade decorre da existência de um núcleo de órgãos/instituições que representam a fonte da produção jurídica, daí saber-se que qualquer norma do ordenamento deriva, regular ou mesmo irregularmente, deste núcleo⁴⁷. Assim, a totalidade das normas do sistema parte de

⁴⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 41.

⁴⁶ Para um novo tipo de sociedade – de massa – exige-se um novo direito que não pode ser criado pela via consuetudinária. DIEZ PICAZO-PONCE DE LEÓN, Luis. **Derecho y masificación social. Tecnología e Derecho Privado (Dos esbozos)**. 2ª edição. Madrid: Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S. A., 1979. p. 30-31.

⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. p. 23.

um mesmo núcleo o qual, inclusive, pressupõe e implica uma hierarquia dentro do ordenamento.

Essa unidade do sistema quanto à origem das normas, nada tem a ver, porém, com a questão da coerência ou consistência do conteúdo dessas, uma vez que a existência de órgãos responsáveis pela produção, interpretação e aplicação das regras não impede que existam interpretações díspares ou normas inválidas do ponto de vista formal ou material e, até que seja proferida uma decisão extirpando um conteúdo ou uma determinada interpretação do ordenamento, haverá um período de contradição e incerteza que poderá se estender mesmo após ser editada a solução para a antinomia. Daí por que impossível falar-se em um ordenamento plenamente linear.

Também a completude é um falso dogma do sistema do direito. O Ordenamento jurídico é um sistema dinâmico. Sua construção, desenvolvimento e transformação é permanente e realizada por diversos atores. Daí o melhor seja falar em completabilidade, um conceito dinâmico que se manifesta através dos diversos mecanismos de integração⁴⁸.

Nada obstante essas considerações, a coerência, a unidade e a completude sempre permanecerão como ideais do sistema, de maneira que um sistema incompleto é defeituoso, devendo buscar-se sua correção.

Outra interface pode ser feita com o pensamento de DWORKIN. O autor norte-americano afirma que a coerência do juiz em relação aos precedentes não pode impedi-lo de abandoná-los quando se revelem inadequados para resolver uma dada situação presente. O trabalho do magistrado deve ser voltado para

⁴⁸ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 236.

produzir a melhor decisão hoje e sempre com uma perspectiva para o futuro:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo a afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'realismo'. Considera esses dois pontos de vistas como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.⁴⁹

Desse modo, como já dito anteriormente, a decisão judicial deve ser produzida pelo intérprete de maneira que a próxima seja coerente com a tradição que a antecede. Nada obstante, isso não impede a inovação, desde que seja ela também coerente com uma realidade social que imponha nova leitura moral dos princípios ou das regras para que se tenha a melhor decisão para o caso concreto.

Então, é impossível defender a existência de um direito onde todas as decisões de valor se deixem formular em definitivo, tal pensamento decorreria de positivismo estrito, que, notadamente nos dias atuais, deve ser rejeitado.

Essas considerações acerca do Sistema do Direito são aqui relevantes para que se possa pontuar algumas premissas fundamentais as ideias desenvolvidas no presente trabalho: 1) Tem-se o Direito como um sistema; 2) Como sistema o Direito pressupõe, e ao mesmo tempo busca, ordenação e unidade; 3) O fato de ser um sistema e de buscar ordenação e unidade não afasta a existência de

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 274.

contradições e lacunas no direito as quais deverão ser solucionadas tendo em vista os mesmos pressupostos, ordenação e unidade.

Com isso, afirma-se que os câmbios de jurisprudência fazem parte do sistema e, apesar de representarem uma típica contradição desse não representam uma anomalia. É natural que o Direito, enquanto regulador da vida social, possa ser alterado, melhorado, evolua. Assim, seria um absurdo defender que o Poder Judiciário cria normas e, ao mesmo tempo, defender a imutabilidade dessas.

Ocorre que, assim como as lacunas, as contradições do sistema devem ser analisadas sob a perspectiva da ordenação e da unidade, de maneira que não causem danos à Segurança Jurídica, outra justificação do Sistema Jurídico.

O melhor é que se evitem contradições, tanto que LARENZ afirmou ser indicativo de uma interpretação judicial bem sucedida o fato de a nova proposição jurídica não entrar em contradição com o sistema legal, mas, antes, deixe-se incluir sem quebra no todo pré-existente da ordem jurídica⁵⁰.

Com isso não se quer tomar por ilegítimas as interpretações criativas do direito ou os câmbios de jurisprudência, apenas entende-se que devem ser vistos como exceções substancialmente justificadas e estritamente delimitadas, sob pena de assim não sendo, ter-se como consequência inevitável uma quantidade de decisões singulares desconexas e contraditórias, ou seja, nas palavras de CANARIS, decisões de injustiça e de insegurança jurídica⁵¹.

O Sistema do Direito é aberto, nem sempre exige ou contradita uma determinada e específica solução, sempre há a possibilidade de ser aperfeiçoado. O

⁵⁰ LARENZ, Karl. **Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen**, 1965, p. 6 ss., 13 *apud in* CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 173.

⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. Cit. p. 174.

que pode parecer contrário ao sistema pode, mais a frente, ser ultrapassado. Portanto, deve-se evitar, na obtenção do direito através do sistema, o erro de imaginar-se que ele é sempre dado de antemão como pronto e acabado, apontando desde já as soluções para os problemas. A relação entre a formação do sistema e a obtenção do direito não está fundada em uma dependência unilateral, mas sim numa relação mútua. Da mesma forma que o sistema influencia a obtenção do direito, a formação plena do sistema ocorre nesse mesmo processo de obtenção.⁵²

Para o que aqui interessa, não se defende a impossibilidade de contradições no sistema representadas pelos câmbios de jurisprudência, essas fazem parte da evolução do Direito, o que não se pode admitir é que esses momentos de ruptura violem legítimas expectativas dos cidadãos que moldaram seu comportamento de acordo com a pauta normativa que vem a ser contraditada.

⁵² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 189.

CAPÍTULO III - CÂMBIOS DE JURISPRUDÊNCIA

III.1 – Um exemplo de contradição no sistema do Direito

Os câmbios de jurisprudência representam aquelas situações nas quais uma Corte de Justiça vem a alterar sua interpretação sobre determinada norma ou fato, ou ambos, modificando total ou parcialmente uma pauta de conduta que até então havia sido estabelecida.

Seja no sistema do direito codificado ou no do *common law*, as decisões pretéritas sempre são fontes nas quais os juízes devem se apoiar, daí ter afirmado que duas são as técnicas de que se vale o Direito para regular condutas: o precedente e a legislação⁵³ e ambos são elementos essenciais para todo sistema jurídico.

Para analisar as consequências dos câmbios, necessário, antes, analisar o que vem a ser um precedente judicial.

Para fins de interpretação jurídica pode-se ter o precedente como sendo toda decisão judicial anterior que tem alguma relevância para o juiz que deve resolver o caso⁵⁴.

Dentro deste conceito, não há qualquer restrição quanto ao fato de o precedente ser oriundo de Corte Superior ou, mesmo, que expresse critérios reiterados em outras decisões pretéritas, de forma a constituir a chamada jurisprudência. Ainda que o julgado não veicule a síntese de uma orientação

⁵³ HART, Hebert. **O Conceito de direito**. 6ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 137.

⁵⁴ SODERO, Eduardo. **Sobre el Cambio de los Precedentes**. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 21 (octubre 2004), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?f%5Bcg%5D=1&q=eduardo+sodero&x=7&y=3>> Acesso em: 23.02.2012. p. 220.

reiterada, é ele um precedente judicial se tem relevância para o julgamento de um determinado caso.

Os precedentes podem ser emanados de Tribunais Superiores e poderão, dessa forma, possuir alguma força obrigatória decorrente da hierarquia existente entre o órgão prolator e aquele que está analisando determinada demanda, como também pode ser um autopercedente, ou seja, o tribunal que o proferiu é o mesmo que agora tem que decidir uma causa semelhante.

Tratando-se de precedente que possui força obrigatória diante da relação de hierarquia frente ao tribunal prolator sua inobservância poderá ser legalmente sancionada por meio da utilização dos recursos processuais cabíveis.

Por outro lado, quando se está diante de um autopercedente, surge a possibilidade do câmbio da interpretação pretérita uma vez que o tribunal, em regra, não se encontra vinculado aos seus próprios julgados de maneira que não possa mudar a interpretação pretérita⁵⁵. Ocorre que essa não vinculação, essa possibilidade de mudar seu entendimento, ainda que esteja fundada na independência judicial, causa ruptura à Segurança Jurídica no seu viés de previsibilidade acerca das decisões judiciais, pois a pauta até então estabelecida veio a ser alterada pelo próprio órgão prolator.

As razões que, de fato, têm ensejado constantes câmbios de jurisprudência em nosso ordenamento são as mais diversas como, por exemplo, a mudança na composição dos tribunais que, por vezes, passa a representar um “outro tribunal”. Isso pode levar a discutir se os novos juízes estariam livres de

⁵⁵ Nada obstante, um autopercedente pode ser influenciado por um precedente de outra Corte, geralmente superior, o qual, ainda que não possua força obrigatória, acaba servindo para alterar um autopercedente em nome da uniformidade jurisprudencial (Ex.: STJ muda seu entendimento em face de julgado do STF que, embora tenha sido adotado em processo com outras partes e não tenha força vinculante, é acatado para evitar a existência de divergência).

qualquer carga vinculante em relação aos precedentes da Corte que passam a integrar e se há limites à tão propalada independência judicial. Mas essas questões não compõem a principal questão ora em análise, ainda que sejam correlatas.

Os câmbios de jurisprudência, independentemente de quais sejam suas causas, são uma realidade no mundo e no Brasil. A partir desse ponto, buscase, então, verificar suas consequências danosas e possíveis soluções para minorar tais efeitos.

A doutrina do precedente, a qual remota aos primeiros períodos da história inglesa, foi efetivamente estabelecida no Século XVIII com o enunciado de que os precedentes anteriores são regras quando os mesmos pontos se apresentam novamente em litígio isso “para manter a balança da justiça firme e estável e não sujeita à variação da opinião de cada juiz; e, também, porque o direito somente agora declarado e determinado e que antes era incerto ou, talvez, indiferente, passa a ser convertido em uma regra permanente que não pode ser alterada ou modificada por nenhum juiz posterior de acordo com seus sentimentos privados⁵⁶.

Desde sua origem, a doutrina do precedente funcionou como um instrumento de estabilidade, em um primeiro momento, criando um direito inglês unificado, afastando a existência de direitos vinculados a costumes locais das diversas tribos de origem germânica – saxões, anglos e dinamarqueses – que partilharam a Inglaterra com a conquista dos normandos em 1066⁵⁷. Em um segundo momento, passou a assegurar a previsibilidade das decisões judiciais, conferindo segurança jurídica aos cidadãos por meio da tradição de seguir os

⁵⁶ SODERO, Eduardo. **Sobre el Cambio de los Precedentes**. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 21 (octubre 2004), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?f%5Bcg%5D=1&q=eduardo+sodero&x=7&y=3>> Acesso em 23.02.2012. p. 224.

⁵⁷ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo – Direito Comparado**. 2ª edição. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 331-332.

precedentes. Esse passou a ser o principal fundamento para exigir-se a observância das decisões pretéritas.

Diante dessas origens e fundamentos da doutrina do precedente, indubitável que a mudança na interpretação pretoriana abala a segurança jurídica. O tráfego jurídico fica prejudicado diante da incerteza quanto à norma de conduta a ser seguida. Nada obstante, o engessamento da interpretação judicial igualmente prejudicaria o sistema, pois impediria seu aperfeiçoamento.

Dessa maneira, o câmbio de jurisprudência representa uma contradição no sistema do direito ao gerar um embate entre Justiça e Segurança Jurídica, devendo ser buscada dentro do próprio sistema uma solução que não impeça a evolução do Direito e, ao mesmo tempo, proteja as expectativas daqueles cidadãos que venham a ser surpreendidos com tal ruptura.

III.2 Quando alterar a interpretação veiculada nos precedentes?

Os câmbios de jurisprudência, sem dúvida, representam um abalo ao sistema do direito e devem ser evitados, mas é um erro considerá-los inadmissíveis.

A produção de normas pela construção pretoriana deve ser pautada em uma regra de estabilidade, por meio da qual se permitirá a antecipação das posturas adotadas nas relações sociais, mas, também deve ter a flexibilidade necessária para se adaptar às circunstâncias do caso concreto e à natural evolução da sociedade. O fato de ser, não significa que deve permanecer imutável, mas é desarrazoado mudar-se sem fortes razões para tanto.

Todo precedente traz consigo uma pretensão de correção (ainda que implícita), entretanto, essa não é absoluta no sentido de ser definitiva, isso porque a variabilidade da sociedade e a constante mudança nas relações sociais são impossíveis de ser alcançadas por uma única norma, seja ela legislativa ou jurisprudencial. Os precedentes estão sempre condicionados pelo fator tempo, de maneira que a mudança na sociedade deve implicar um ajuste nos precedentes.

Um precedente não pode se manter, por exemplo, em razão daquilo que BENTHAM denominou de “medo da inovação”, o rechaço de toda nova medida simplesmente porque é nova. Até porque, tudo que hoje está estabelecido, foi antes uma inovação.⁵⁸

Ocorre que é necessária uma racionalidade por parte do magistrado quando da decisão acerca de abandonar uma determinada interpretação. Deve o precedente ser submetido ao que SODERO chama de “teste de fundamentação racional”, uma técnica por meio da qual se verificará se a interpretação expressada no precedente, a concretização da norma ou o desenvolvimento judicial do direito são acertados e estão fundados no direito vigente. Para isso, o magistrado não deve aceitar cegamente o precedente, mas, deve, a cada caso, fazer uma reavaliação acerca da sua manutenção⁵⁹.

Se, ao final desse “teste de fundamentação racional” o juiz ou tribunal chega à convicção de que o precedente contém uma interpretação incorreta ou um desenvolvimento do direito não suficientemente fundamentado ou, também, se a questão, em razão do passar do tempo, deve ser apreciada de outra forma,

⁵⁸ BENTHAM, Jeremy. **Falácias políticas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p.84.

⁵⁹ SODERO, Eduardo. **Sobre el Cambio de los Precedentes**. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 21 (octubre 2004), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?f%5Bcg%5D=1&q=eduardo+sodero&x=7&y=3>> Acesso em 23.02.2012. p. 227-228.

deve o precedente ser afastado⁶⁰. Acrescenta-se que nesse teste de fundamentação deve ser levada em conta a força de adesão que foi obtida pelo precedente que se está a analisar, para que assim seja avaliado o tamanho da ruptura que estará sendo aplicada ao ordenamento e sopesados os interesses jurídicos que estão em jogo.

Assim, podem os precedentes serem abandonados desde que haja decisão devidamente fundamentada que comprove não existirem razões para se manter uma interpretação que se mostra enfraquecida pelo tempo ou mesmo pela identificação de um erro na leitura da norma legislada.

Mas não é o bastante assumir a carga de justificar a mudança do precedente, também, deve-se exigir que seja oferecida uma proteção aos cidadãos que confiaram na orientação cambiada, de maneira que não sofram danos, ou, ao menos, sejam esses minorados, em razão de terem confiado em uma orientação até então chancelada.

Assim, o que se quer não é o aprisionamento dos juízes, no sentido de terem eles que ficar vinculados aos seus antigos erros. O problema é que, ao menos em relação aos tribunais brasileiros, o que se tem observado é a realização de câmbios sem que haja qualquer preocupação em realizar esse teste de fundamentação e, ainda pior, sem que haja qualquer preocupação com aqueles cidadãos que confiaram na interpretação pretoriana até então vigente.

O Tribunal Constitucional espanhol já se preocupou com essa exigência, derivada do princípio da igualdade, assinalando que, ainda que tal princípio não implique uma imutabilidade aos critérios interpretativos, impõe que um mesmo órgão não possa modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em

⁶⁰ SODERO, Eduardo. **Sobre el Cambio de los Precedentes**. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 21 (octubre 2004), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?f%5Bcg%5D=1&q=eduardo+sodero&x=7&y=3>> Acesso em 23.02.2012, p. 228.

casos substancialmente iguais e que quando o órgão em questão considera que deve afastar-se de seus precedentes tem que para isso oferecer uma fundamentação suficiente e razoável: “*Está insita la confianza del ciudadano en que su caso o su pretensión será resuelta o mercedorá la misma respuesta que se Dio em casos anteriores o iguales*” (STC 120/1987, FJ 2º)⁶¹.

Tem-se, então, que, uma vez adotado um critério, esse só pode ser modificado por razões fortes o bastante para justificar uma ruptura ao sistema do direito até então vigente. O apartamento dos precedentes deve ser visto como a *ultima ratio*, quando o juiz, ao considerar inconvenientes os critérios disponíveis, não possa manter sua aplicação valendo-se de possíveis ambiguidades ou vaguezas linguísticas, ou apelando a outros instrumentos (como a técnica do *distinguishing*, que permite esquivar a regra ao caso, deixando-a, ao mesmo tempo, incólume – ao menos, formalmente)⁶².

III.3 – Câmbio de Jurisprudência e Segurança Jurídica

A virada de jurisprudência nos põe, sem dúvida, na obrigação de analisarmos questões como os Princípios da Irretroatividade e do Direito Adquirido frente a uma nova interpretação judicial.

É possível argumentar que a decisão judicial que efetiva a mudança de jurisprudência, por ser proferida em um processo cujos efeitos jurídicos sejam

⁶¹ RUBIO LLORENTE, Francisco et al. **Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial**. Barcelona: Ariel, 1995, p. 68.

⁶² SODERO, Eduardo. **Sobre el Cambio de los Precedentes**. . Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 21 (octubre 2004), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?f%5Bcg%5D=1&q=eduardo+sodero&x=7&y=3>> Acesso em 23.02.2012.. p. 230-231.

restritos à partes litigantes, não estaria a violar direitos de pessoas que não fazem parte da lide.

Nada obstante, a questão aqui posta não busca estender os efeitos de uma decisão, ou as limitações que são impostas a essa decisão em um processo, para outros cidadãos que não fazem parte da demanda, a preocupação aqui é muito distinta.

A presente análise parte do reconhecimento de que, assim como a lei veicula uma norma (geral) os tribunais ao aplicarem as leis criam outras normas (individuais) e da mesma forma que o legislador possui limites materiais ao exercício de sua atividade precípua, aos tribunais devem também ser impostas restrições à sua atividade criadora.

De fato, a decisão judicial que muda o entendimento jurisprudencial até então seguido, a princípio, apenas produz efeitos no processo em que for proferida. Mas a questão é: estará respeitado o Princípio da Igualdade quando dois casos de mesma similitude fática, que ensejem a incidência das mesmas normas jurídicas, sejam decididos de forma diversa exclusivamente em razão da forma como se interpreta e se aplica uma mesma lei ou da composição de um determinado órgão julgador?

Imaginar que a igualdade estaria assegurada pelo simples fato de as leis aplicáveis serem as mesmas para os casos A e B, seria uma postura coerente com a ultrapassada Escola da Exegese para a qual o monopólio do Direito estaria nas mãos do legislador.

A igualdade só é efetivamente verificada quando são tratados de maneira igual aqueles que faticamente se encontram em situações equivalentes. E não há igualdade quando, ainda que as normas aplicadas aos iguais sejam as

mesmas, o resultado da aplicação personalizada da lei resulta em conclusões desiguais.

Se em um caso igual a outro uma dada lei é interpretada da forma “A” e em outro de forma “B” a igualdade é violada, assim como o direito como fenômeno social de conduta, mesmo que a norma contida na lei se apresente incólume, pois o Homem não vive de normas, vive conforme se aplicam essas normas⁶³.

Jurisprudência contraditória, não uniforme, cambiante, viola a Constituição ao menos em relação a dois Princípios Constitucionais: Segurança Jurídica e Igualdade Material. A mudança de jurisprudência, do ponto de vista material e à luz do realismo Jurídico, é idêntica a uma inovação na legislação e, por isso, deve-se procurar assegurar proteção ao jurisdicionados que confiaram na orientação até então firmada para que assim sejam evitados, ou ao menos, minorados os efeitos surprestantes do câmbio.

Deve-se ter como uma constante na função judicial a garantia dos jurisdicionados de que em todo caso de câmbio de jurisprudência não seja frustrado um direito material por sua aplicação surprestante quando a pretensão estava amparada na orientação até então vigente no tribunal⁶⁴.

Aqui a preocupação principal é aquela focada nas mudanças interpretativas empreendidas pelas Cortes Superiores, que possuem função uniformizadora da jurisprudência. Ainda que seja justa a preocupação em relação à mudança de interpretação de um determinado juiz ou de corte local/regional, contra injustiças cometidas por esses órgãos o sistema prevê como solução a via recursal,

⁶³ BIDART CAMPOS, German J. **La Revision de uma Condena Penal por Cambio en la Jurisprudencia de La Corte** in *El Derecho*, Tomo 141, 1991, Buenos Aires: Universitas, p. 101.

⁶⁴ BEZZI, Osvaldo Máximo. **El cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contenciosoadministrativa. (nota a fallo)** in *LA LEY*, tomo 1987- D. Buenos Aires, p. 103

o que não ocorre quando o órgão que muda o precedente é justamente aquele responsável pela uniformização da jurisprudência⁶⁵.

As Cortes Superiores, mais do que qualquer outro órgão julgador, possuem a precípua função de enunciar pautas gerais de comportamento a serem seguidas pelos cidadãos. Quando uma dessas pautas é alterada, na maioria das vezes de forma súbita, tem-se a quebra de uma legítima expectativa que viola a segurança jurídica e a igualdade entre os cidadãos.

⁶⁵ De todo modo, para aquelas situações em que não haja recurso cabível contra decisões de cortes locais, como as questões decididas com base na interpretação de lei local, as considerações aqui desenvolvidas possuem plena aplicação.

CAPÍTULO IV - A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS

IV.1 – Conceito e aspectos gerais da teoria

Passa-se agora à análise da Teoria dos Atos Próprios para, após, retornar à análise dos câmbios de jurisprudência caracterizando-os como um ato violador desta doutrina.

A expressão *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição de contradição com um comportamento assumido anteriormente pelo exercente. A ninguém é permitido se valer de um direito em contradição com sua conduta anterior, quando esta, interpretada objetivamente, nos termo da lei, dos bons costumes ou da boa-fé, leva à conclusão de que seria mantida.

A base da teoria está no fato de que a adoção de uma determinada conduta justifica determinada conclusão ou crença de que não se exercitará um determinado direito ou, ao contrário, que será ele exercitado nos termos da postura anterior.

A teoria, ou também chamada de doutrina, dos atos próprios impõe a inadmissibilidade ou vedação de ir contra seus próprios atos, representado, tecnicamente, um limite ao exercício de um direito reconhecido àquele que pretende mudar seu comportamento. Paralisa a atuação de uma pessoa sem que ela tenha manifestado a vontade de renunciar direitos.

Há quem identifique o fundamento da Teoria do *vcfp* na doutrina que exige a proteção jurídica à boa-fé manifestada na confiança depositada na aparência. Os atos realizados por uma pessoa enganada por uma situação jurídica que é contrária à realidade, mas que exteriormente apresenta as características de

uma situação jurídica verdadeira, são definitivos e oponíveis, como seriam se fundados em situações absolutamente regulares⁶⁶. Ainda que a aparência seja um aspecto a ser considerado, discorda-se da concepção de que a doutrina do *vcfp* esteja fundada na proteção à aparência. A base da teoria está na proibição da incoerência, a proteção à aparência é apenas um elemento que pode servir para identificar um determinado ato como sendo incoerente.

Assim, o que se busca com a Teoria dos Atos Próprios é proteger a legítima confiança⁶⁷ que fora depositada por alguém nos atos praticados por outrem.

Essa teoria, com diferentes fórmulas e pronunciamentos, é uma derivação direta do Princípio da Boa-Fé Objetiva, uma vez que agir incoerentemente viola as expectativas da outra parte de uma relação, daí a conduta contraditória é uma violação ao princípio.

O *vcfp* exige dois comportamentos lícitos de uma mesma pessoa que, diferidos no tempo, mostram-se contraditórios. Assim, busca-se proteger os cidadãos de situações de surpresa ou, mesmo, emboscada.

A teoria dos atos próprios funciona como uma expressão da confiança na relação jurídica, concretizando a cláusula geral da boa-fé. Essa teoria não representa uma vedação específica de dolo, pois ambos os atos praticados são, em si, lícitos, a ilicitude está na contradição entre eles existente.

A proibição do *vcfp* é uma reprovação de exercícios de direitos e posições jurídicas inconciliáveis, por serem incoerentes. A preocupação não é a de

⁶⁶ PUIG BRUTAU, José. **Estudios de Derecho Comparado – La Doctrina de Los Actos Propios**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951. p. 103.

⁶⁷ O Princípio da Confiança Legítima também se afirma como um postulado independente e distinto do *vcfp*, apesar de possuírem um mesmo sustento jurídico. A doutrina aponta como distinção o fato de o PCL não exigir um ato concreto sobre o qual deva recair, não exigir a existência de uma relação jurídica entre o sujeito prejudicado e o órgão violador da confiança e pelo fato de o PCL ser direcionado especificamente à atuação da Administração Pública. PITTATORE, Pamela. **El Principio Jurídico de La Legítima Confianza y La Interpretación Judicial Del Decreto de Desregulación Económica a Nueve Años de su Dictado** in *Actualidad en el Derecho Público*, Volumen 12. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 177

manter o *status* gerado pela primeira posição, mas, antes, proteger aqueles que nela confiaram e pautaram suas condutas.

O rol de manifestações que configuram *vcfp* é, por demais, extenso, diante da multiplicidade de casos que surgem no seio da sociedade.

A origem do instituto está no Direito Romano onde, apesar de inexistir uma regra geral que vedasse o *vcfp*, havia uma singularidade de casos onde esse tipo de comportamento era proscrito. Assim, a vedação era aplicada para situações como a da servidão ineficaz, por não ter sido confirmada por todos os coproprietários do prédio serviente na sua constituição, não pode ser invalidada por aqueles que com ela consentiram; a aceitação de cumprimento de obrigação inválida por falta de forma que não poderia contrariada; a impossibilidade do *pater* impugnar, por incapacidade, o testamento da filha morta que não fora emancipada, mas que sempre por ele fora tratada como sendo⁶⁸.

Nada obstante sua origem privatista, a doutrina do *vcfp* teve sua abrangência alargada, notadamente a partir da segunda metade do século passado, sendo aplicada, também, na seara do Direito Público, conforme será visto mais à frente.

IV.2 – VCFP, Princípio da Boa-fé e Princípio da Legítima Confiança

Antes de prosseguir na análise da Teoria dos Atos Próprios, importante analisar a relação entre o *vcfp*, o Princípio da Boa-fé e o Princípio da Legítima Confiança, institutos que são correlatos, buscam concretizar a segurança jurídica

⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2007. p. 743.

conferindo previsibilidade e estabilidade às relações jurídicas, mas possuem peculiaridades próprias.

A máxima do *vcfp* expressa de forma imediata a essência da obrigação de o sujeito comportar-se de acordo com a boa-fé para não se admitir efeitos jurídicos aos atos que contradizem com condutas anteriores que geraram legítima confiança em terceiros. WIEACKER afirma que a partir do *vcfp* todo o Princípio da Boa-fé seria iluminado.⁶⁹ De fato, a exigência de coerência imposta pelo *vcfp* poderia abarcar todas as situações que representam violação ao Princípio da Boa-fé, nada obstante, tendo em vista a multiplicidade dessas, o *vcfp* acabou por restar especialmente caracterizado, distinguindo-se de outras manifestações do PBF, como será visto no tópico seguinte.

Dessa maneira, o PBF representa um enunciado geral, sendo o *vcfp* uma de suas manifestações. Assim, quando se fala em Princípio da Boa-fé, tem-se um preceito geral do direito que impõe a todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade o dever de comportar-se de boa-fé⁷⁰ em suas relações recíprocas, com lealdade não só na fase prévia, mas também no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas. Tal princípio possui um alcance absoluto, no sentido de irradiar sua influência em todas as esferas, em todas as situações e em todas as relações jurídicas.⁷¹ Daí o caráter abrangente do Princípio da Boa-fé que deve dominar todo o tráfego jurídico, não estando restrito à órbita do direito privado, estando também incluso no direito público.⁷²

⁶⁹ WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. 2ª edição. Cuadernos Civitas. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 60-61.

⁷⁰ Não se deve confundir Boa-fé – conceito aberto e indeterminado consistente em uma noção psicológica, intelectual, de convicção de estar atuando conforme o direito - com o Princípio da Boa-fé.

⁷¹ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 63.

⁷² CAMPS, Carlos Enrique; NOLFI, Luis Maria; NOLFI, Martín Miguel. **La doctrina de los propios actos como garantía de La solidaridad social** in La Ley. Buenos Aires: 1996-B, p. 781.

O Princípio da Proteção da Confiança, por seu turno, está relacionado à exigência dirigida aos agentes públicos de não frustrar, mediante decisões contraditórias, uma expectativa daqueles que se relacionam com o Estado. Ou seja, diversamente do Princípio da Boa-fé e do *vclp* que podem ser invocados tanto pelo Poder Público quanto pelo particular, o Princípio da Proteção só oferece proteção em um único sentido: Em favor do particular que se relaciona com o Estado.⁷³ Ademais, essa proteção pode se dar, inclusive, frente a atos ilegais praticados pela Administração.⁷⁴

Dentro dessas acepções, poder-se-ia enquadrar o PBF como o enunciado mais abrangente e o *vclp* e o Princípio da Proteção da Confiança como manifestações específicas dele. Nada obstante, há quem entenda que o PBF apenas poderia ser aplicado para relações jurídicas concretas, enquanto que o Princípio da Proteção da Confiança poderia ser aplicado tanto para as concretas quanto para as abstratas e então, nesse ponto, o último é que seria mais abrangente.⁷⁵ Alguns apontam, também, a aplicação restrita do PBF às relações privadas⁷⁶, com o que não se concorda diante da ausência de razões que justifiquem afastar o agir de boa-fé das ações estatais.

Tendo em vista que a aplicação de qualquer desses enunciados sempre vai exigir a presença de um caso concreto, não há porque fazer distinção em face do tipo de relação jurídica encartada – se concreta ou abstrata – daí porque se prefere adotar o PBF como gênero e os outros dois institutos representando manifestações específicas dele.

⁷³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 36-37.

⁷⁴ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001. p. 31

⁷⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Op. Cit. p. 35.

⁷⁶ CALMES, Sylvia. Op. Cit. p. 242 onde são citados doutrinadores alemães que teriam essa concepção, dentre eles PETTENKOFER H., *Der Vertrauensschutz i behördlichen Auskünften und Zusagen*.

O Princípio da Segurança Jurídica funciona como fundamento para qualquer uma dessas manifestações, representando cada um a proteção de uma das diversas “seguranças jurídicas”, nos dizeres de CALMES, para a qual não existe segurança jurídica no singular, mas diversas manifestações dessa para a proteção de situações específicas.⁷⁷

Tratando-se de câmbios de jurisprudência, tendo em vista a perspectiva do presente trabalho, melhor analisá-los sob a ótica da Teoria dos Atos Próprios (*v.cfp*), uma vez que não se imagina proteger apenas o particular dos efeitos nocivos da mudança de interpretação, mas qualquer sujeito de direito, inclusive os entes públicos.

IV.3 - Distinção entre o *venire contra factum proprium* e outras manifestações também decorrentes do princípio da boa-fé objetiva

Ainda antes de prosseguir na análise da teoria dos atos próprios, cabe distinguir o *venire contra factum proprium* de outros institutos que também são manifestações do Princípio da Boa-fé Objetiva, mas com ele não devem ser confundidos.

A ***exceptio doli*** consiste na defesa indireta oposta em face da malícia da outra parte ao exercer um direito de forma dolosa. Por ser indireta, tal defesa não nega o direito da contraparte, rebate o modo doloso pelo qual o direito foi exercido por parte do seu titular. Assim, a pretensão do titular do direito é repelida sob o argumento de que o mesmo agiu de modo doloso⁷⁸.

⁷⁷ CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime em droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001. p. 5-6.

⁷⁸ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé*, Curitiba: Juruá, 2007. p. 287.

A *exceptio doli* foi um meio processual genérico de defesa criado pelos romanos para obstatulizar as ações que se fundavam no dolo do autor, sendo depois ampliada para abranger qualquer atuação que se mostrasse iníqua ou contrária à *bona fides*, o que levou a apresentar um conteúdo difuso, capaz de abranger um grande número de hipóteses, cujo ponto comum era precisamente a presença do dolo do autor, em algum momento de sua atuação⁷⁹. Daí logo se vê a diferença com o *vclfp*.

Em sua origem, no Direito Romano, a exceção de dolo cumpria um duplo papel, dividindo-se em *exceptio doli praeteriti* (ou *specialis*) e *exceptio doli praesentis* (ou *generalis*). A primeira, *exceptio doli specialis*, era apontada pelo réu quando o dolo do autor havia ocorrido no momento em que a relação jurídica material se formara, ou seja, em um momento anterior à ação (em um momento **pretérito**). A segunda, *exceptio doli generalis*, por sua vez, indicava o dolo em que havia incorrido o autor no momento em que se deu a discussão da causa, ou seja, no momento presente, em relação à ação⁸⁰.

Na jurisprudência alemã o instituto foi utilizado para abranger as mais diversificadas situações em relação às quais não se conseguia dar uma unidade sistemática. Isso fez com que passasse a significar uma resistência genérica a um direito cujo titular agiu em desconformidade com a boa-fé⁸¹.

Diante de sua grande abrangência e fluidez, a *exceptio doli* passou a ter uso decrescente na doutrina e na jurisprudência. O surgimento de outros institutos menos extensos, mais compreensivos e com conteúdo mais denso para

⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 169-172.

⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2007. p. 722.

⁸¹ “Poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo.” MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2007. p.720.

proteção da boa-fé, fez com que o principal papel do instituto fosse de cunho histórico ao firmar, nos tempos iniciais, os alicerces de um progresso do Direito baseado na boa-fé⁸².

Para o que aqui interessa, os câmbios de jurisprudência, não se identifica a possibilidade da aplicação do instituto, seja pela sua já citada grande amplitude, seja pelo fato de não identificar-se a presença de dolo nos atos judiciais de alteram interpretações pretéritas. Trata-se de atos legítimos e absolutamente regulares, mas que devem (ou pelo menos deveriam) respeitar as legítimas expectativas daqueles que pautaram sua conduta na orientação pretérita.

O instituto ***tu quoque*** possui o mesmo conteúdo axiológico do *venire contra factum proprium*, mas possui uma especificidade que o distingue. No *tu quoque* o ato anterior consiste na violação a um dever (legal ou contratual) de maneira que aquele que infringiu a norma não pode, posteriormente, pretender exigir o cumprimento daquela mesma conduta por ele contrariada. Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir de outrem o seu acatamento⁸³.

Aquele que violou norma legal que trata dos requisitos de validade do negócio jurídico – relativamente incapaz que negocia sem assistência do representante legal – não pode posteriormente pretender invocar essa violação por ele mesmo cometida para pretender beneficiar-se com a anulação do negócio jurídico viciado⁸⁴.

Assim, no *tu quoque* o fator incoerência também é essencial, sucede que, diferentemente do *vcfp*, aqui o ato primeiro é ilícito por violar uma conduta

⁸² MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2007. p. 741.

⁸³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. Op. Cit. p. 837.

⁸⁴ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. p. 382

exigida legal ou contratualmente, o que não ocorre no *vclfp* na medida em que esse pressupõe a licitude de ambos os atos quando considerados isoladamente, residindo a ilicitude na contradição objetivamente considerada.

O *venire contra factum proprium* poderia, em leitura apressada, integrar o *tu quoque*: a pessoa que desrespeita um contrato e exige, depois, a sua observância à contraparte, parece incorrer em contradição. Essa integração pressuporia um alargamento prévio do *venire*, uma vez que, no *tu quoque* a contradição não está no comportamento do titular-exercente em si, mas nas bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se⁸⁵.

A distinção existente entre o *tu quoque* e o *vclfp* é nítida quando se verifica os objetivos dos institutos, ou seja, o interesse jurídico que buscam proteger. Enquanto este último busca proteger a boa-fé da parte que confiou no *factum proprium* praticado pela outra pessoa, o *tu quoque* busca sancionar a má-fe daquele que intenta valer-se de sua própria torpeza.

Importante destacar que a figura do *tu quoque* não se limita ao âmbito contratual, até porque, nas relações contratuais o instituto da exceção do contrato não cumprido já basta à concretização da boa-fé. Também fora do fenômeno contratual é inadmissível a adoção de posições jurídicas que na sua base contenha ilegalidade⁸⁶. Assim, o brocardo também se aplica no caso de atuação de posições jurídica indevidamente obtidas, ainda que não estejam inseridas em uma relação contratual.

No que diz respeito aos câmbios de jurisprudência, não é possível a caracterização desses atos judiciais como atos de *tu quoque*, uma vez que não se

⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2007.p. 843.

⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. Op. Cit. p. 848.

tem a orientação pretoriana superada como um ato, necessariamente, errado, muito menos ilícito ou malicioso.

Também não se deve confundir o *vclp* com os institutos da ***supressio*** e da ***surrectio***.

A primeira cuida da inadmissibilidade do exercício de um direito – sua supressão – por ter seu titular deixado de exercê-lo durante algum tempo e, em virtude desta inércia, foi gerada na contraparte a confiança de que esse direito não mais seria exercido. Trata-se, pois, de um efeito decorrente do transcurso do tempo sobre as relações jurídicas que poderia ser confundido com prescrição e decadência.

Ocorre que para a caracterização da *supressio* não é suficiente o mero transcurso de prazo, faz-se necessário que, além disso, haja circunstâncias que gerem no outro sujeito a confiança, em termos objetivos, de que não mais haveria o exercício de tal direito. Assim, o lapso temporal deve vir acompanhado de circunstâncias objetivas capazes de fazer surgir essa confiança, de modo tal que o exercício posterior, surpreendente, venha a contrariar a boa-fé⁸⁷. Trata-se da inadmissibilidade do exercício de um direito por seu retardamento desleal⁸⁸.

Essa necessidade de que, além do transcurso do tempo, haja circunstâncias objetivas capazes de fazer surgir a confiança na contraparte é essencial para distinguir a *supressio* da prescrição e da decadência, institutos para os quais é suficiente a inércia do titular. Daí MENEZES CORDEIRO afirmar que é

⁸⁷ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. p. 390.

⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 178.

necessário um determinado período de tempo sem exercício do direito e que se requer, ainda, indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido⁸⁹.

A origem da *supressio* é jurisprudencial, surgiu nos tribunais alemães após a Primeira Guerra Mundial. Diante da crise econômica que assolou o país, os tribunais germânicos passaram a admitir a correção monetária dos créditos, afastando o princípio do nominalismo, como forma de proteção do credor. Ocorre que essa jurisprudência passou a ocasionar o retardamento proposital do credor na cobrança da dívida com o objetivo de que, com a inflação elevada da época, fazer com que o crédito atingisse valores elevados e fora das possibilidades do devedor. Por essa razão, os tribunais passaram a entender que a demora no exercício do direito causava um desequilíbrio inaceitável entre as prestações e se mostrava contrária à boa-fé enquanto norma de conduta⁹⁰.

Importante registrar que assim, como o *vclfp*, a *supressio* não busca reprimir a inércia do titular do direito, mas, sim, proteger a boa-fé da contraparte e, a partir dessa proteção, surge outro instituto derivado do Princípio da Boa-fé, a *surrectio*. Este instituto representa o surgimento de direitos à contraparte protegida pela *supressio*. Assim, a imposição de limites ao exercício do direito subjetivo de uma pessoa, ao mesmo tempo faz nascer um direito à contraparte⁹¹.

Dessa maneira, é suprimido o direito do empregador de romper o contrato por justa causa, em razão do longo tempo em que demorou para fazê-lo, essa supressão de direito corresponderá, em relação à contraparte (o empregado), ao surgimento do direito de se manter trabalhando ou, pelo menos, caso não seja

⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª edição. Almedina, Coimbra, 2007. p. 810.

⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. Op. Cit. p. 801-802.

⁹¹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. p. 405.

estável e venha a ser dispensado, o direito de receber todas as verbas trabalhistas decorrentes da dispensa sem justa causa⁹².

Diante das características necessárias para a configuração da *supressio*, por vezes, surgem discussões que dificultam a identificação do momento exato de sua ocorrência, pois não há como se conhecer previamente quanto tempo será necessário para que esteja cristalizada a confiança na contraparte, diferentemente do que ocorre com a prescrição e a decadência onde, geralmente, os termos iniciais são de fácil identificação, bastando realizar-se a contagem do prazo respectivo.

Há quem entenda que a *supressio* nada mais seria do que um caso particular de *vcfp* no qual o primeiro comportamento seria uma omissão, somada a um lapso temporal, e a contradição – o *venire* – seria o exercício desse mesmo direito que até então não havia sido exercido, quebrando, assim, a confiança que havia surgido no outro sujeito diante do não exercício⁹³.

A especificação dos institutos – *supressio*, *surrectio* e *vcfp* – mostra-se cientificamente mais adequada para a análise de cada instituto e para que se evite a generalização de que toda violação ao princípio da Boa-Fé seja uma manifestação do *vcfp*, assim defende-se que para a caracterização deste último exige-se a prática de um ato comissivo, nesses termos já afirmou o Tribunal Supremo da Espanha:

El principio general de derecho, prohibitivo de obrar en contradicción con los propios actos, fuente normativa a la que alude el art. 1.4 CC, exige para que su autor quede vinculado, una declaración de voluntad, expresa o tácita, manifestada en términos concluyentes y inequívocos y reveladora de la actitud del sujeto frente a una determinada situación jurídica, atribuyéndole con toda nitidez una significación que viene contrariada por las acciones ejercitadas o por las excepciones opuestas posteriormente, **alcance que de ordinário no pueden tener la simple passividade o el**

⁹² DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 405.

⁹³ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Op. Cit. p. 395.

silencio, de suyo insuficientes para basar la aplicación de la regla ‘adversus factum suum quis venire non potest’.⁹⁴ – grifo nosso.

No que pertine à aplicação da *supressio* e da *surrectio* aos câmbios de jurisprudência, entende-se não ser cabível tal caracterização, uma vez que a mudança de interpretação pressupõe decisões sucessivas em sentidos distintos, de maneira que a ausência de decisão anterior – omissão – não caracterizaria o câmbio, já que a decisão proferida seria a primeira sobre determinada matéria.

De qualquer sorte, é de se imaginar uma situação de ato judicial que, em tese, poderia caracterizar a *supressio*: a tolerância de uma determinada postura adotada pela parte durante muito tempo, omitindo-se o julgador de recriá-la, e, posteriormente, de forma surpresante, passar a sancionar a mesma conduta, tomando-a inválida. Seria o caso da admissibilidade da interposição de recurso antes do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela outra parte, situação nunca antes questionada, mas que posteriormente vem a ser tida como imprópria por gerar a intempestividade do recurso.

IV.4 A teoria dos atos próprios no direito comparado

IV.4.1 Na Alemanha

MENEZES CORDEIRO conta que na Alemanha o ponto de partida para a construção de uma regra que proíbe os atos contraditórios como uma instituição autônoma surge a partir da obra de ERWIN RIELZER que em 1912 redescobre e analisa o tema à luz dos textos romanos e do chamado direito

⁹⁴ LÓPEZ MESA, MARCELO J. **Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios** in La Ley Córdoba, Córdoba, La Ley, Volumen: 2009 Suplemento 1 - Febrero de 2009. p. 4

intermediário (canonista, glosadores, comentaristas, práticos, etc)⁹⁵. O autor, partindo de uma formulação geral que impede a postura contraditória, elaborou uma série de típicas situações nas quais a inadmissibilidade da contradição com a própria conduta anterior proporciona uma justa solução a um determinado conflito.

Assim, na origem do desenvolvimento do instituto no Direito Alemão, a aplicação do *vcfp* foi identificada para os casos de: Execução de um negócio jurídico ineficaz; Preclusão de um direito pelo seu exercício; criação de uma aparência jurídica; risco derivado de atos próprios; invocação da própria torpeza.

O autor português aponta que RIEZLER cuidou mais de apontar situações contraditórias que não poderiam ser admitidas pelo ordenamento e que a partir das obras de WALSMANN e LEHMANN é que se buscou definir um conceito para o *vcfp* (*se a conduta voluntária de uma pessoa está, em si mesma ou em suas consequências, em aberta contradição com a continuação da existência de um direito sobre o qual a pessoa tem a livre disposição, então a contradição produz a perda do direito*) e seus pressupostos (*quando a conduta primeira aparece conforme a lei e a boa-fé, unida a uma simultânea renúncia da faculdade e quando o exercício posterior da faculdade contraria a lei, os bons costumes ou a boa fé*)⁹⁶.

A partir das obras desses autores, a figura do *vcfp* passou a ser amplamente estudada na doutrina alemã, sendo identificada como uma derivação do Princípio Geral da Boa-Fé nas relações de tráfico o qual restou positivado no § 242 do Código Civil Alemão: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

Outro instituto intimamente ligado ao *vcfp* e que foi construído na jurisprudência alemã é a doutrina do *Verwirkung* a qual cuida de um caso específico

⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2007. p. 742-744.

⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. Op. Cit. p. 744.

de inadmissibilidade do exercício de um direito por contrariar a boa-fé, cuida-se do abuso de um direito por meio de um “atraso desleal”, ou seja, seu exercício de forma tardia, de maneira que a inércia do titular tenha gerado uma legítima expectativa na contraparte. Assim, a atitude omissiva do titular do direito faz com que a contraparte possa, objetivamente, esperar que não se exercitará o direito. Pelo conceito, fica claro que se trata de um instrumento para ser utilizado nos casos de *supressio*.

Para a aplicação do *Verwirkung* a omissão do exercício de um direito durante certo período de tempo é um requisito essencial, mas, também é necessário que o exercício após esse período de inércia se apresente, de forma objetiva, como abusivo e intolerável para o adversário.

Ainda que possua o mesmo fundamento da prescrição extintiva – impedir que sejam exercitados direitos muito antigos, já abandonados por seus titulares – com essa não se confunde, pois a caracterização da *Verwirkung* pode ocorrer ainda que não prescrito o direito, segundo uma interpretação objetiva das circunstâncias que leve à conclusão de que o direito não seria exercitado.

A *Verwirkung* também com a proibição do *vcfp* não se confunde na medida em que este último, ao contrário da primeira, não pressupõe sempre o transcurso de um determinado período de tempo, uma vez que a conduta contraditória não precisa ser distanciada temporalmente. Ademais, em regra, a caracterização do *vcfp* exige dois atos comissivos que se contraditam, enquanto que na *Verwirkung* há um ato omissivo. Para aqueles que entendem possível caracterizar o *vcfp* diante de atos omissivos, desapareceria qualquer distinção entre os institutos.

A consequência da caracterização da *Verwirkung* e do *vcfp* é a mesma, a inadmissibilidade da conduta violadora que poderá ser sobrestada por

uma exceção utilizada pelo prejudicado que paralisará a pretensão daquele que busca exercer um direito de maneira contrária ao Princípio Geral da Boa-fé Objetiva.

IV.4.2 Na Espanha

A Espanha, sem dúvida, é o país no qual a Teoria dos Atos Próprios mais bem foi desenvolvida acadêmica e jurisprudencialmente, havendo diversas obras doutrinárias sobre o tema e inúmeros julgados, desde o fim do Século XIX, que já analisavam sua aplicação, como um julgado de 10.03.1890 onde o Tribunal Supremo já afirmava: *“los actos a que este principio se refiere son aquellos que, como expresión del consentimiento, se realizan con el fin de crear, modificar ou extinguir algún derecho.”*⁹⁷

Os pressupostos para aplicação da doutrina serão analisados em capítulo a parte, mas cumpre aqui registrar que a grande maioria desses foram delineados pela doutrina e jurisprudência espanhola.

Os dois autores que, após os estudos iniciais desenvolvidos na doutrina alemã, são referências mundiais na Teoria dos Atos Próprios também são espanhóis, ambos já citados no presente trabalho, PUIG BRUTAU e DIEZ-PICAZO.

Foi na Espanha, também, onde a doutrina e jurisprudência fizeram questão de delimitar ao máximo a aplicação da Teoria dos Atos Próprios, afastando sua aplicação quando não se fizer necessário diante da existência de outros instrumentos legais que possam impedir os efeitos nocivos dos atos contraditórios, apontando assim o caráter residual da teoria.

⁹⁷ PUIG BRUTAU, José. *Estudios de Derecho Comparado – La Doctrina de Los Actos Propios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951. p. 126.

IV.4.3 No direito anglo-saxão

No sistema de *Common Law* a Teoria dos Atos Próprios é comumente identificada com o instituto do *Estoppel* segundo o qual: “*No one is permitted, in a second action, to contest a fact found upon his own allegation on Record upon which issue has been joined in the first action*”.⁹⁸

Ainda que alguns autores tenham afirmado que o instituto do *estoppel* seja uma instituição jurídica exclusiva do sistema anglo-saxão e que não se faria presente em nenhum dos regimes jurídicos derivados do direito romano, o método comparativo aplicado por PUIG BRUTAU para estudar ambos os institutos identificou que a regra *do venire contra factum proprium non valet* pode ser alegada indistintamente como fundamento da Teoria dos Atos Próprios ou do *Estoppel*.⁹⁹

Com efeito, ambos os institutos possuem os mesmos interesses sociais e buscam a consecução de um mesmo ideal de justiça, ocorre que no direito do *Common Law* o *Estoppel* é dividido em três partes: *Estoppel by Record*, que no nosso direito equivaleria à coisa julgada; *Estoppel by deed*, que representa a verdade que emana de uma escritura ou documento público; *Estoppel by acquiescence*, onde a inação passa representar o impedimento do exercício posterior de um direito ou a base de uma promessa tácita de não exercitá-lo¹⁰⁰; e o *Estoppel by facts in pais*, esse sim o equivalente à Teoria dos Atos Próprios e que

⁹⁸ NASMITH, David. *The Institutes of English Adjective Law (Procedure in Court) Embracing an Outline of the Law of Evidence and Measure of Damages*. London: Butterworths 7 Fleet Streets, 1879. p.79

⁹⁹ PUIG BRUTAU, José. *Estudios de Derecho Comparado – La Doctrina de Los Actos Proprios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951. p. 103-105.

¹⁰⁰ SAFONTÁS, Simon P. *Doctrina de Los Proprios Actos* in JUS - Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires. nº 5. La Plata: Editora platense, 1964. p. 34.

representa um obstáculo resultante dos atos praticados por alguém de maneira notória em um certo lugar¹⁰¹.

Este último – *by facts in pains* - ainda possui como subtipo, o *estoppel by representation* o qual impõe um critério de honestidade às relações negociais ao afirmar que qualquer que possa ter sido a real intenção de uma pessoa, esta deve ficar vinculada à aparência ou impressão que o sentido objetivo que sua conduta tenha causado à contraparte, pois um dever de diligência social impõe ter em conta as representações que nossos atos podem causar aos demais.¹⁰²

Para ver a identidade existente entre os dois institutos, cumpre transcrever um conceito de *Estoppel* diretamente de um autor norte americano:

A doutrina do Estoppel aplica-se quando alguém, por sua maneira de agir, com palavras ou atos, produz em outro a crença racional de que certos fatos são certos e este outro age de acordo com essa crença, o que impede o primeiro de negar a verdade daquilo que tenha representado por suas palavras ou conduta, quando essa negativa resultar em seu benefício e no prejuízo da outra parte.¹⁰³

De fato, o conceito de *Estoppel* é mais amplo que a proibição do *venire contra factum proprium*, mas em ambos os casos, sem dúvida, trata-se da proteção à legítima confiança depositada em atos pretéritos, ainda que no entender de BORDA, o *Estoppel* estaria relacionado à proteção da aparência e a Teoria dos Atos Próprios à proteção do comportamento coerente.¹⁰⁴

¹⁰¹ PUIG BRUTAU, José. **Estudios de Derecho Comparado – La Doctrina de Los Actos Propios**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951. p. 108-110.

¹⁰² SAFONTÁS, Simon P. **Doctrina de Los Propios Actos** in JUS - Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires. nº 5. La Plata: Editora platense, 1964. p. 34.

¹⁰³ GRIFFITH, Virgil Alexis. **Outlines of the law - a comprehensive summary of the major subjects of American law**. Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1949. p. 164.

¹⁰⁴ BORDA, Alejandro. **La Teoría de Los Actos Proprios**, 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 33.

No que se refere à aplicação do *Estoppel* aos atos dos tribunais que alterem sua jurisprudência, não é comum sua aplicação no sistema de *Common Law*, uma vez que neste existem instrumentos e técnicas próprias para lidar com essas questões, como se verá mais à frente.

Entretanto, o instituto já foi utilizado para impedir efeitos retroativos de uma *overruling decision*:

Some courts have avoided the retrospective effect entirely by making an Express declaration in overruling the former case that the overruling decision shall operate prospectively only. In cases where the necessary elements were present, other courts have, as in the instant case, invoked the doctrine of estoppels to avoid injustice and hardship which would otherwise result from giving the overruling decision retrospective effect.¹⁰⁵

Esse tema específico da aplicação prospectiva das decisões judiciais que implicam mudança de precedente no direito norte-americano será mais à frente retomado.

IV.4.4 Na Argentina

Apesar de LÓPEZ MESA¹⁰⁶ afirmar que no direito Argentino não é possível falar em um desacerto na aplicação da doutrina, o próprio autor reconhece que, por vezes, sua utilização vem a ser feita de modo desnecessário ou inconveniente na medida em que tantos são os exemplos de aplicação do instituto na doutrina e jurisprudência que o aspecto subsidiário de sua aplicação, por vezes,

¹⁰⁵ PECK, Darrell L., **Estoppel - Effect of Overruling a Judicial Decision - Equitable Estoppel Against the Taxing Power of the State**, *Marquette Law Review*, Vol. 36, 1952. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mlr/vol36/iss2/12>> p. 202

¹⁰⁶ LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara; **La Doctrina de Los Actos Propios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in *El Derecho*, Vol. 168, 1996. Buenos Aires: UCA, p. 900.

deixa de ser considerado tendo em vista a multiplicidade de exemplos jurisprudenciais que aplicam a teoria naquele país.

No direito argentino a origem do instituto remonta ao ano de 1976 quando começaram a aparecer os primeiros julgados que esboçavam timidamente os perfis desta teoria que logo veio a se firmar de forma definitiva naquele país nas Jornadas Nacionais de Direito Civil em Mar Del Plata (1983) e, posteriormente, em El Chaco 1987¹⁰⁷.

O Código Civil da Argentina, no art. 1198, estabelece que os contratos devam ser celebrados, interpretados e executados de boa-fé e a Corte Suprema daquele país há muito já afirmou que *“a boa-fé implica um dever de coerência de comportamento, que consiste na necessidade de observar no futuro a conduta que os atos anteriores faziam prever. Dita regra governa tanto o exercício dos direitos como a execução dos contratos, segundo dispõe respectivamente os artigos 1071 e 1198 do Código Civil, e é aplicável igualmente ao campo do Direito Privado e do Direito Administrativo.”*¹⁰⁸

Um fato é inegável, em relação ao Brasil, a compreensão e a aplicação da Teoria dos Atos Próprios se encontram muito mais desenvolvidas na Argentina, com inúmeros trabalhos acadêmicos sobre o tema e diversas aplicações expressamente reconhecidas na jurisprudência das Cortes Superiores.

IV. 5. A teoria dos atos próprios no ordenamento jurídico brasileiro

¹⁰⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 98-100.

¹⁰⁸ CSJN, Estructuras Tafi SACel y outro c/ Tucumán, Provincia de y outro s/Danös y prejuicios, disponível em : <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp> Acesso em 23.02.2012.

Em geral, nas ordens jurídicas falta um princípio de não contradição. No ordenamento brasileiro não é diferente e não há um comando que possa ser apontado como um enunciado que veda o sujeito de adotar comportamentos contraditórios entre si, e, por isso, faltam dispositivos específicos a serem analisados e nos quais se possam identificar, na legislação, as características do instituto.

De toda forma, tendo em vista que o *vcfp*, como já visto, é uma manifestação do Princípio Geral da Boa-fé Objetiva, a ilicitude do comportamento contraditório pode ser extraída do art. 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ademais, existem diversos dispositivos legais que podem ser identificados como garantidores de uma legítima expectativa gerada pela boa-fé objetiva que emana de uma determinada conduta. Da análise desses dispositivos encontram-se pontos em comum que indicam a presença do *vcfp* no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, cabe desde já afirmar que, diante do caráter subsidiário do *vcfp*, o qual deve ser aplicado apenas quando não houver disposição legal específica que discipline os efeitos jurídicos de um ato contraditório, os exemplos abaixo não requerem a aplicação do instituto, pois a própria legislação já traz uma solução. De todo modo, esses casos legais servem para provar que o Direito Positivo brasileiro, além de veicular uma regra geral protetora da Boa-fé Objetiva, também veda especificamente o comportamento contraditório em certas situações casuísticas, como nos arts. 427, 619 e 882 do Código Civil:

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

...

Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.

...

Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

Considerando-se a possibilidade de o *factum proprium* estar representado por uma situação de inércia (omissão), tem-se também o art. 111 do Código Civil como outro exemplo de vedação a comportamentos contraditórios:

Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

Em conclusão a este tópico sobre o *vcfp* no direito comparado, cumpre registrar que a análise dos institutos em outros ordenamentos não se apresenta como mera exposição doutrinária, mas sim para identificar que a presença do *Estoppel* no direito anglo-saxão, da *verwirkung* na Alemanha e do *venire contra factum proprium* em diversos outros países, diante de suas semelhanças e finalidades apontam para a existência de uma regra de caráter universal que limita o exercício de direitos subjetivos, evitando que pretensões e condutas contraditórias ou comportamentos incoerentes possam encontrar abrigo no direito.

IV.6 Limites à aplicação da teoria dos atos próprios

A vedação de contraditar seus próprios atos não é absoluta, não podendo ser utilizada de maneira tão rígida ao ponto de impedir qualquer intenção de desfazimento de atos pretéritos.

Toda regra jurídica deve admitir uma aplicação flexível sob pena de gerar injustiças em um dado caso concreto ao simplesmente aplicar-se um quadro normativo previamente estruturado, sem levar em considerações peculiaridades da situação em análise.

O fato de ser uma regra aberta, não significa que pode ser utilizada sem limites, assim, algumas situações são excluídas da teoria, como por exemplo: direitos indisponíveis, os quais não podem ser suprimidos do indivíduo e, por isso, não lhes podem ser retirados por aplicação da teoria (essa característica marca o caráter eminentemente patrimonial da teoria); e situações onde o câmbio de posição é autorizado por lei, ou seja, o próprio ordenamento admite a mudança de postura do cidadão sempre que isso se apresente justificável, assim, para algumas situações a legislação expressamente admite o *vclp*.

Dessa maneira, mesmo em relação a comportamentos que se mostram capazes de repercussão na esfera jurídica alheia, gerando expectativas acerca do desfecho de um negócio jurídico, por exemplo, ainda assim nem toda contradição é rejeitada pelo ordenamento, ou seja, nem todo comportamento contraditório será caracterizado como *venire* inadmissível.¹⁰⁹

O Código Civil brasileiro possui dispositivos que expressamente admitem a adoção de posturas contraditórias:

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:
I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita.
Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

¹⁰⁹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. p. 300.

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;
 III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;
 IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

...

Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.

Outra limitação à aplicação da Teoria dos Atos Próprios consiste no fato de esta doutrina ser de aplicação residual, só incidindo quando a legislação não confere uma disciplina específica a ser imposta ao ato contraditório, assim, existindo recurso específico posto à disposição do prejudicado, não se valerá ele do princípio de vedação ao *vcfp*.

Também, em certos casos, onde a legislação entende que o mais justo será a liberdade das partes para alterarem seu comportamento, não há de ser aplicada a Doutrina dos Atos Próprios, mudança de testamento, por exemplo.

IV.7 Pressupostos para aplicação do *vcfp*

Conceituado o instituto, cumpre analisar os pressupostos para sua aplicação os quais, mais à frente, serão transpostos para a relação Poder Judiciário – Jurisdicionado quando da análise acerca da aplicação do instituto aos câmbios de jurisprudência.

1º Que uma pessoa tenha observado, dentro de uma determinada situação jurídica, certa conduta juridicamente relevante e eficaz;

Esse é o *factum proprium*. Essa conduta tem que ser inequívoca no sentido de criar, definir, fixar, modificar, extinguir ou esclarecer uma determinada

situação jurídica. Deve, também, ter sido realizada de forma plenamente livre e voluntária, sem qualquer espécie de coação e, ainda, não tendo sido questionada de qualquer forma quando de sua prática.

Não se pode aplicar a doutrina quando a primeira conduta do sujeito foi inválida, estando afetada por um vício de consentimento ou de vontade¹¹⁰. Do contrário, estar-se-ia negando todo o regime de nulidade previsto no ordenamento, impedindo que alguém alegue a existência de vícios incidentes sobre sua vontade. Daí o Tribunal Supremo da Espanha já ter afirmado que as ações rescisórias e de nulidade naturalmente implicam a invalidade de atos anteriores, o que leva à conclusão de que o Princípio da Coerência nunca deve amparar atos que por sua ilicitude nunca deveriam ter existido¹¹¹.

Do primeiro ato – o *factum proprium* - emana uma legítima expectativa a qual, ainda que não esteja expressamente enunciada, é perfeitamente deduzida como sendo um dever lateral de coerência.

A teoria não é um empecilho à mudança de postura, por si só. A retratação é algo concebível e plenamente eficaz. A incoerência que se busca sancionar com essa doutrina é aquela que destrói a confiança que havia surgido na contraparte, ou seja, a partir do momento em que houve o comportamento adotado por um dos sujeitos e o outro passou a acreditar (confiar) que em um segundo momento a conduta a ser seguida seria no mesmo sentido da primeira, coerente com ela e, então, essa crença vem a ser destruída pelo comportamento contraditório, aí sim, há incidência da teoria.

¹¹⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. **La Doctrina de Los Propios Actos. Un Estudio sobre la Jurisprudência del Tribunal Supremo**. Barcelona: BOSCH, 1963. p. 201. Ver, também, BIANCHI, Enrique Tomás; IRIBARNE, Héctor Pedro. **El principio general de la buena fe y la doctrina. "Venire contra factum proprium non valet"** in *El Derecho*, tomo 106, Buenos Aires, 1984. p. 858.

¹¹¹ LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara; **La Doctrina de Los Actos Propios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in *El Derecho*, Vol. 168, 1996. Buenos Aires: UCA. p. 917.

Importante reforçar que não se busca com essa teoria reprimir a má-fé do sujeito contraditório, até porque, muitas das vezes, essa não existe. Assim, não se questiona o dolo na prática do *venire*, pois não há busca de punição à má-fé, mas sim proteção à boa-fé do outro sujeito.

A incoerência por si só é irrelevante, a preocupação é com o elemento externo que tenha sido produzido pelo primeiro ato, a confiança, até porque, se essa não foi gerada, não há se falar em aplicação da teoria, pois nada haverá de ser protegido.

Esta legítima confiança estará caracterizada diante de uma situação na qual, qualquer pessoa mediana, naquelas mesmas condições, também confiaria nas consequências jurídicas do negócio em questão, não podendo decorrer da ingenuidade ou do excesso de credulidade do confiante, bem como não pode ser decorrente de sua negligência em ter deixado de tomar os cuidados necessários para celebração dos negócios jurídicos daquela espécie.¹¹²

Esse aspecto é importante para assinalar que com a teoria não se busca impedir a inovação e a evolução das idéias e das práticas, mas apenas preservar as expectativas daquele que possua uma legítima confiança gerada pelo ato primário. Caso assim não fosse, estar-se-ia utilizando a teoria como um engessamento às práticas inovadoras, no dizer de MENEZES CORDEIRO: “poderíamos transformar a sociedade num colete de forças, que prejudicasse as iniciativas individuais necessárias para dar corpo à liberdade e para possibilitar a inovação e o progresso”¹¹³.

Essa compreensão será de vital importância quando, adiante, for analisada a aplicação do *vclp* aos câmbios de jurisprudência.

¹¹² DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. p. 367.

¹¹³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51.

Exige-se, também que essa conduta seja vinculante. Aqui, por vinculante, há de entender-se aquela conduta que surte algum efeito jurídico, juridicamente relevante e que transcenda no mundo do direito. Carecem de força vinculante meras expressões de desejos ou meras opiniões. Daí, declarações em *obiter dicta* ou com fins meramente pedagógicos não estão inseridas na doutrina dos atos próprios.

Por fim, cabe sinalizar que essa conduta, em regra, será um ato ou uma série de atos comissivos, contra os quais posteriormente se intenta uma contradição. Nada obstante, há quem entenda que nada obsta o ato antecedente de também ser uma omissão. Desde que essa postura, no caso concreto, seja geradora de uma confiança razoável e fundada, poderá o sujeito passivo do ato de *venire* invocar a teoria para obter o rechaço deste¹¹⁴.

2º Que posteriormente essa mesma pessoa intente exercitar um direito subjetivo ou uma faculdade, criando uma situação litigiosa e formulando dentro dela uma determinada pretensão;

Aqui se está diante do ato contraditório, o ato de *venire*, aquele que se contrapõe ao *factum proprium*. Em relação a esse é importante destacar que o elemento temporal evidenciado no intervalo entre a prática de um e de outro é um elemento de peso (ainda que não seja o único) para a caracterização da legítima confiança gerada ao sujeito passivo.

Dessa maneira, mais bem caracterizado estará o comportamento contraditório como sendo abusivo se a parte, durante longo tempo se comportou de

¹¹⁴Sobre o silêncio e a Teoria dos Atos Próprio: BORDA, Alejandro. **Teoría de Los Actos Propios y Abuso Del Derecho** in Doctrina Judicial. Buenos Aires: La Ley, Volumen: 2008-1. Suplemento 14 - 3/4/2008 - Nota a fallo. p. 844

certa forma e, subitamente, mudou o seu comportamento. Essa característica também será de grande valia quando da aplicação do instituto aos câmbios de jurisprudência.

3º Que entre a conduta anterior e a pretensão posterior exista uma incompatibilidade ou uma contradição, em relação ao sentido que, de boa-fé, poderia ser atribuído à conduta anterior;

Essa contradição entre os atos deve ser patente, não sendo suficientes meras contradições implícitas que deixem margem a dúvidas ou interpretações dúbias.

Ademais, como já dito, essa contradição deve, necessariamente, quebrar a confiança que foi gerada com a prática do primeiro ato, pois, a pura contradição, por si só, não é objeto de repulsa pela teoria dos atos próprios.

4º Que, em ambos os momentos, conduta anterior e contradição posterior, exista perfeita identidade de sujeitos.

Aqui a doutrina, em sua maioria, exige que haja uma relação jurídica estabelecida entre aquele que age de forma contraditória e aquele que tem violada sua legítima confiança no ato primeiro. Dessa forma, emissor e receptor devem ser os mesmos¹¹⁵.

¹¹⁵ “Para aplicar La teoría que estudiamos, La doctrina hace hincapié em La necesaria identidad de los sujetos relacionados por La situación jurídica em cuestión, La cual debe vincular a los mismos sujetos em lãs conductas contradictorias.” BERRO, Frederico. **La Relevância Jurídica de La Conducta Anterior (Teoría de los Actos Propios)**. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernandez, 1989. p. 72.

Nada obstante, essa exata identidade entre os sujeitos nem sempre se fará imprescindível para a aplicação da teoria.

A identidade daquele que busca alterar seu comportamento, sem dúvida, tem sempre que existir. Entretanto, podem ser indicadas situações em que estará caracterizada violação à doutrina do *vclp* quando há apenas um sujeito em comum entre duas relações.

Da doutrina, extrai-se o exemplo no qual um indivíduo contrata seguro de automóvel, fixando determinado valor para seu veículo para fins de estipular o prêmio a ser pago. Posteriormente, o mesmo sujeito, em litígio contra um particular com o qual se envolveu em acidente, reclama como indenização o dobro do valor pelo qual está segurado carro, sem que tenha havido alteração das circunstâncias fáticas ou dos valores de mercado dos veículos. Assim, tem-se um exemplo no qual um mesmo sujeito participa de relações jurídicas distintas e aplica-se a teoria dos atos próprios em razão da contradição entre os atos praticados em cada uma delas.¹¹⁶

Outro caso apontado por LÓPEZ MESA é a situação do motorista de ônibus que ajuíza ação indenizatória contra uma das empresas para a qual trabalha alegando incapacidade laborativa total em decorrência microtraumatismos repetitivos em sua coluna, os quais teriam sido causados devido ao deficiente sistema de amortecimento do veículo e de seu assento. Após a instrução probatória, com realização de perícia, foi proferida sentença concedendo indenização de duzentos mil dólares. Posteriormente, o mesmo motorista de ônibus ajuíza idêntica

¹¹⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 123.

demanda contra outra empresa para a qual também tenha trabalhado e realiza idêntico pedido¹¹⁷.

Esses exemplos servem para demonstrar a aplicação da doutrina do *vcfp* como forma de impedir que quem tenha realizado duas alegações incompatíveis entre si, mesmo que em relações jurídicas distintas, possa pleitear ou usufruir de direitos que contrariem sua conduta anterior.

Dessa forma, afirma-se que a doutrina é aplicável quando se tem atuação voluntária de uma mesma pessoa ainda que voltada para destinatários diversos.

A caracterização do *vcfp* nas situações em que não haja identidade de ambos os sujeitos e ainda que se trate de diferentes relações jurídicas também será de fundamental importância para a caracterização do câmbio de jurisprudência como sendo violador da teoria dos atos próprios, conforme se verá adiante.

5º A contradição é aferida objetivamente

Também identificando a Teoria da Aparência como um dos fundamentos para a proteção da confiança tutelada na Teoria dos Atos Próprios, a doutrina afirma que, independentemente da vontade do sujeito, deve tutelar-se a situação do terceiro que se viu afetado pela manifestação contraditória. Daí por que a jurisprudência especializada já ter afirmado: *“Lo decisivo en el venire contra factum no es tanto la existencia de una voluntad en el comportamiento antecedente, cuanto*

¹¹⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 123.

*el no separarse del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuído por la otra parte.*¹¹⁸

A caracterização do *vclfp* ocorre quando alguém exerce um direito de forma objetivamente incompatível com sua conduta anterior, não importando o grau de consciência/intenção que o agente tinha ao realizar essa contraposição. Assim, a criação de falsas expectativas por erro não afasta a aplicação da Teoria, uma vez que a intenção do sujeito não é perquirida.

Entretanto, esse caráter objetivo da teoria deve ser melhor esclarecido para que se evitem equívocos. Quando se fala em objetividade da teoria isso não significa que devam ser desconsiderados vícios existentes nos atos para fins de aplicar a doutrina do *vclfp*. Não se quer dizer que é possível aplicar a teoria ainda que o *factum proprium* esteja viciado por dolo, coação ou erro essencial e escusável, por exemplo.

Caso a objetividade da aplicação da Teoria significasse fechar os olhos para os vícios dos atos jurídicos isso implicaria uma verdadeira “ditadura do passado”¹¹⁹ onde os jurisdicionados estariam irremediavelmente atados aos seus atos anteriores quaisquer que fossem as circunstâncias, motivações e características desses. Não se pode utilizar a Teoria para convalidar um ato insanavelmente nulo por ilicitude ou imoralidade do seu objeto, fazendo com que ele adquira efeitos jurídicos por via transversa.

Especificamente no que diz respeito à existência de erro no ato primário, a questão possui alguma peculiaridade em razão da opinião de DIEZ-

¹¹⁸ LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara. **La Doctrina de Los Actos Propios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in *El Derecho*, Vol. 168, 1996. Buenos Aires: UCA, p. 909.

¹¹⁹ LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara. *Op. Cit.* p. 910.

PICAZO ao entender que mesmo havendo um vício de erro teria aplicação a Doutrina dos Atos Próprios se esse não era do conhecimento da contraparte.¹²⁰

Na verdade, essa questão da aplicação do *vclfp* quando o ato primário esteja viciado por erro vai depender da regulamentação dada pelo direito positivo a esse vício. No caso do direito brasileiro, entende-se que a teoria pode ser aplicada, sendo, portanto, inadmissível a postura contraditória, se o erro do ato primário não for substancial (art. 138 do Código Civil).

Assim, reforça-se a característica de que a proteção é dirigida à confiança gerada por uma conduta juridicamente relevante e plenamente eficaz e o caráter objetivo aqui tratado é aquele relacionado à contradição verificada entre as posturas A (*factum proprium*) e B (*venire*) sendo prescindível a intenção do agente se contraditar.

6º A Doutrina dos Atos Próprios é de aplicação subsidiária

Essa característica já foi analisada linhas acima quando dos limites à aplicação da teoria. Com efeito, por representar um princípio geral, a Teoria dos Atos Próprios só deve ser invocada na ausência de uma regra ou de um instrumento específico capaz de sanar os efeitos maléficos da contradição. Aqui cabe o conselho de ROBINSON reproduzido por diversos autores: “não usar jamais uma regra geral quando o mesmo resultado possa ser obtido com a aplicação de outra mais específica.”¹²¹

Justamente por se tratar de um enunciado geral, sua aplicação ao caso concreto implica um exercício muito intenso de criação judicial o que faz surgir

¹²⁰ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La Doctrina de Los Propios Actos. Un Estudio sobre la Jurisprudência del Tribunal Supremo*. Barcelona: BOSCH, 1963. p. 211-212.

¹²¹ ROBINSON, Edward Stevens. *Law and the Lawyers*. New York: The Macmillan company, 1935. p. 227.

a necessidade de parâmetros de controle sobre essa atividade, de forma a conferir o máximo de legitimidade possível a esta atividade do Poder Judiciário. Do contrário, teremos criação de normas de pressupostos de validade e sem instrumento de controle, principalmente quando essa tarefa for realizada pelas Cortes Superiores, contra as quais, em regra, o jurisdicionado não possui instrumento recursal para atacar as decisões por elas proferidas.

Então, não se deve aplicar a Teoria quando a lei aponta uma solução expressa para o ato contraditório, seja impedindo ou admitindo sua prática.

Em certas ocasiões a contradição de uma postura é justificada pelas circunstâncias do caso concreto existindo, por vezes, interesses sociais prevaletentes que levam o legislador a autorizar retrocessos, nesses casos, por óbvio, não se aplica a doutrina.¹²²

Igualmente não se aplica a Doutrina quando a própria legislação já sanciona ou veda a contradição, como por exemplo, a impossibilidade de repetição de pagamento de dívida prescrita (art. 882, do CC).

Por fim, tecnicamente a doutrina é inaplicável nos casos em que o dano é causado em razão da própria torpeza do reclamante. Pois, como já afirmado antes, a teoria pressupõe a licitude dos atos.

Essa premissa da aplicação residual da Doutrina do *vcfp* também será de grande valia quando da aplicação da Teoria aos câmbios de jurisprudência, pois essa só terá uso quando ausente instrumento processual capaz de afastar os efeitos nocivos de um câmbio de jurisprudência.

IV.8 Aplicação indistinta para atos judiciais e extrajudiciais

¹²² LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara; **La Doctrina de Los Actos Propios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in *El Derecho*, Vol. 168, 1996. Buenos Aires: UCA, p. 905.

Já introduzindo a aplicação da teoria ao direito processual civil, cumpre assinalar que não há distinção na sua aplicação aos atos judiciais ou extrajudiciais.

Classicamente a doutrina identificava a necessidade de um processo para que houvesse a aplicação da Doutrina: *“para nuestra jurisprudência la aplicación de La regla que impide venir contra los actos propios presupone siempre una situación processal... Es en El proceso donde no se puede venir contra los actos propios.”*¹²³

Atualmente, essa não tem sido a posição majoritária.

Decerto, a discussão judicial acerca da existência ou não de um ato caracterizador do *venire*, geralmente ocorrerá no bojo de uma ação, mas isso, de modo algum, significa que só se possa apontar como violadores desta teoria os atos processuais, muito pelo contrário, na maioria dos casos as condutas contraditórias são extrajudiciais e acabam sendo levadas a juízo diante de uma lide que vem a ser instaurada.

Uma das mais valiosas aplicações da teoria vem a ser impedir a adoção de um determinado comportamento na esfera extrajudicial e, quando a questão venha a ser judicializada, haja uma mudança na postura adotada, situação essa, infelizmente, muito comum em nosso País. Nesses casos, tem-se que o *factum proprium* é um ato extrajudicial e *venire* um ato processual.

Sobre o tema, na Argentina, a CSJN tem aplicado a teoria para os casos em que se pretende em sede judicial reverter posturas adotadas em sede administrativa. Decidiu a Corte que, se a postura sustentada na instância judicial

¹²³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La Doctrina de Los Propios Actos. Un Estudio sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1963. p. 108.

contradiz-se com a adotada em sede administrativa, deve-se rejeitar o recurso com fundamento da doutrina dos atos próprios.¹²⁴

Ainda na Argentina, a Suprema Corte de Buenos Aires tem aplicado a teoria para os casos de confissões e reconhecimentos extrajudiciais, vedando a modificação em juízo de uma postura assumida em sede administrativa ou extrajudicial¹²⁵.

No Brasil, temos um interessante julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, ainda que não tenha feito referência à teoria, rejeitou a posição contraditória que estava sendo adotada pela União, por meio de sua Procuradoria da Fazenda Nacional, em demandas que envolviam a redução da base de cálculo do imposto de renda lucro presumido para prestadores de serviços hospitalares.

No caso, a Administração estava a adotar uma postura nos processos administrativos – reconhecendo a redução da base de cálculo para prestadores de serviços hospitalares ainda que não realizassem internação de pacientes – e outra no âmbito judicial – apenas admitindo que os prestadores que realizassem internação de pacientes teriam direito ao benefício fiscal.

Diante dessa contradição, o Superior Tribunal de Justiça, nas razões de decidir constantes do acórdão prolatado no REsp 951.251/PR (Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ 03.06.2009), assim se manifestou:

Deve-se considerar que a própria Secretaria da Receita Federal, ao examinar o dispositivo, não condiciona o reconhecimento do benefício à internação de pacientes, circunstância que não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário.

¹²⁴ CSJN 1º.05.1992, “Astilleros Costaguta S.A. x Estado Nacional” Julgado 315:890. Citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos próprio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 127.

¹²⁵ SCBA, 22.02.94, Orellana, Miguel Isidro c. Gargarello, Angel S.A.C. y outro, Juba7, sum. B42827. Citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. Op.Cit. p. 128.

A Receita Federal tem reconhecido o direito à base de cálculo reduzida do IRPJ a prestadores de serviços hospitalares, mesmo que esses não possuam estrutura física para realizar internação de pacientes.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes administrativos, que reconhecem a redução para laboratório de análise clínica, instituto de hematologia, clínica de hemodiálise, de diagnóstico por imagem, mesmo sem que tais contribuintes realizem internação de pacientes:

...

Evidentemente, não se quer dizer com isso que a interpretação a ser conferida pelo STJ à lei federal deva pautar-se por aquela conferida por um órgão do executivo. Todavia, não pode o Judiciário interpretar a lei em dissonância com aquilo que efetivamente ocorre no mundo dos fatos. Não é justo admitir-se uma jurisprudência do STJ mais gravosa ao contribuinte do que a própria orientação administrativa da SRF, que também serve como um dos elementos de investigação para determinar o verdadeiro conteúdo da norma.

É de se registrar que a interpretação dada pela Receita Federal à norma tributária em muito se aproxima de uma interpretação autêntica. Esse órgão especializado da Administração não só é destinatário da lei, como também participa das tratativas da sua elaboração. Certamente, ao editar atos regulamentares, a SRF leva em consideração a finalidade objetivada com a edição da lei, circunstância que não pode ser desprezada pelo Judiciário.

...

Ressalte-se que o posicionamento oficial da própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional se acha consignado no Parecer PGFNCAT nº 112/2006 – aprovado em 18.01.2006 –, que admite a concessão do benefício a outros prestadores de serviço de saúde que não os hospitais. Nele se esclarece que sua edição teve por objetivo unificar o entendimento jurídico no âmbito da Administração e pôr fim ao conflito de posicionamentos existente entre a SRF e a PGFN.

Como visto, uma das razões de decidir adotada pelo Superior Tribunal de Justiça nesse caso foi justamente a existência de uma atuação contraditória da União ao adotar uma postura na seara administrativa – através de decisões e pareceres que reconheciam a redução da base de cálculo para prestadores hospitalares que não realizassem internação de pacientes – e outra perante o judiciário ao negar o direito a esses mesmos contribuintes.

IV.9 Aplicação da teoria aos atos da administração pública

O Princípio da Boa-fé domina todo o tráfego jurídico, não só dentro da estrita órbita do direito privado, mas também no âmbito do direito público, da mesma forma a sua manifestação expressa no *vclfp*. Assim, cabe pontuar que esse

dever de agir em correspondência com seus atos anteriores também é imputado à Administração Pública, do contrário, não se pode mesmo afirmar estar-se diante de um Estado de Direito.

Diversos precedentes de tribunais estrangeiros e também de cortes pátrias aplicam a teoria dos atos próprios aos atos do Estado. De outra forma não poderia ser, pois o dever de coerência deve ser ínsito aos atos da Administração sob pena de sob pena de transformar-se o Poder do Estado em mero ato de força.

O tema, inclusive, possui obra inteiramente dedicada a análise da questão,¹²⁶ mas aqui cabe pontuar apenas os fundamentos e os aspectos pragmáticos dessa aplicação.

Na Argentina, a Suprema Corte de Justiça de Buenos Aires já afirmou que não se pode admitir os atos próprios como fatos do Príncipe, para assim a Administração escapar de suas obrigações contratuais.¹²⁷ Dessa forma, a Teoria dos Atos Próprios funciona como um óbice ao mau uso do Poder de Autotutela da Administração.

Não há se fazer distinção entre o direito público e o privado para fins de aplicação da teoria, nada obstante, algumas adaptações são necessárias. Assim, não é aplicável para atos preliminares ou outros que não implicam uma declaração de vontade válida por parte da Administração, daí porque atos praticados por funcionários incompetentes podem ser revistos, sem que haja violação à teoria dos atos próprios. Desse modo, a competência do agente público para exarar a vontade do Estado é pressuposto indispensável para a aplicação da doutrina aos atos

¹²⁶ MAIRAL, Héctor A. **La Doctrina de Los Propios Actos y La Administración Pública**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

¹²⁷ LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara; **La Doctrina de Los Actos Propios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in *El Derecho*, Vol. 168, 1996. Buenos Aires: UCA, p. 915.

administrativos¹²⁸. Não só a falta de competência do agente público, mas qualquer outro vício que impeça o ato administrativo de ser válido será impeditivo da aplicação da teoria, uma vez que nessa situação não haveria *factum proprium* plenamente eficaz.

Apesar de a doutrina apontar tal situação como sendo uma exceção para aplicação da teoria aos atos da Administração Pública, discorda-se desse ponto de vista, pois a validade do ato anterior é requisito essencial para qualquer caso no qual se busque aplicar a vedação ao *vclp*, se o *factum proprium* não era válido não é mesmo de se aplicar a doutrina, daí ser errado falar-se em exceção.

A grande peculiaridade que existe na aplicação da teoria à Administração Pública é a questão relacionada ao Poder de Autotutela do Estado, uma vez que, salvo disposição em contrário, pode o Poder Público revogar seus atos por motivos de oportunidade e conveniência ou anulá-los quando eivados de ilegalidade.

Para essa situação, a doutrina tem entendido que a aplicação da teoria cede diante do interesse público no desfazimento do ato. Nada obstante, aponta-se como dever do Estado ressarcir os danos causados ao particular cujos direitos foram afetados por tais considerações de interesse geral.¹²⁹ Tem-se, então, um caso de responsabilidade civil do Estado por ato lícito.

Assim, o Estado pode, ao contrário dos particulares, em alguns casos, contradizer seus atos anteriores em razão do interesse público; mas, também diferentemente dos particulares, o Estado será obrigado a responder civilmente por sua atividade lícita.

¹²⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propios – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 136.

¹²⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. Op. Cit. p. 141-142.

Interessante observar que a jurisprudência brasileira referente à aplicação do *vclfp* considera que a ineficácia da conduta posterior também se aplica à Administração Pública, de modo que ela não pode vir contra seus atos próprios, não sendo acolhida a ideia de permitir a contradição e, em compensação, conceder-se uma indenização ao administrado. Nesse sentido, impedindo a eficácia da postura contraditória adotada pela Administração:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. MATRÍCULA POR FORÇA DE LIMINAR. MÉRITO JULGADO IMPROCEDENTE. MANUTENÇÃO NA ACADEMIA, INGRESSO E PROMOÇÃO NA CARREIRA POR ATOS DA ADMINISTRAÇÃO POSTERIORES À CASSAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL. TRANSCURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. ANULAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ OBJETIVA VULNERADOS. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSTATAÇÃO DE QUE O CANDIDATO PREENCHIA O REQUISITO CUJA SUPOSTA AUSÊNCIA IMPEDIRA SUA ADMISSÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS PARA INGRESSO E EXERCÍCIO DO CARGO DE OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR.

1. Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados.

2. À luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verifica-se que o Recorrente, em sentido material, preenchia os requisitos editalícios para admissão no Curso de Formação, inclusive aquele cuja ausência formal constituía obstáculo inicial à sua matrícula e que ensejou o ajuizamento da ação judicial em cujo bojo obteve a liminar.

3. Hipótese em que, embora a liminar que autorizara a matrícula do Recorrente no Curso de Formação tivesse sido cassada, expressamente, em 18 de fevereiro de 1997 e não houvesse nenhum outro título judicial que determinasse sua permanência na carreira militar, não tomou a Administração nenhuma atitude no sentido de afastá-lo. Pelo contrário, além de permanecer matriculado até a conclusão do Curso de Formação, findada em 05 de dezembro de 1997, ingressou na carreira e, ainda, foi promovido, em 05 de outubro de 1998, à patente de 2º Tenente, vindo a ser anulados esses atos tão-somente em 21 de maio de 2002.

4. A ausência de atos administrativos tendentes a excluir o Recorrente das fileiras militares após a cassação da liminar, corroborada pela existência de atos em sentido contrário (manutenção no Curso, promoção), além da instauração de processo administrativo, pela Academia de Polícia Militar, de ofício, para tornar definitiva a matrícula que fora efetivada, inicialmente, em razão de liminar, fez criar uma certeza de que a questão do seu ingresso na carreira militar estava resolvida.

5. Os atos de admissão e promoção do Recorrente praticados pela Administração, bem como o longo tempo em que eles vigoraram, indicavam,

dentro da perspectiva da boa-fé, que o seu ingresso na carreira militar já havia se incorporado, definitivamente, ao seu patrimônio jurídico, pelo que sua anulação, com base em fato anterior à prática dos atos anulados (cassação da liminar), feriram os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, tendo sido infringida a cláusula *venire contra factum proprium* ou da vedação ao comportamento contraditório.

6. Hipótese concreta que não cuida da aplicação da teoria do fato consumado para convalidar ato ilegal, o que é rechaçado por esta Corte, mas de fazê-la incidir, juntamente com os princípios da segurança jurídica e boa-fé, para tornar sem efeito atos praticados com ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

7. Recurso ordinário provido para conceder a segurança e anular o ato que cassou a promoção do Recorrente à patente de 1º Tenente, bem como o ato que determinou sua exclusão dos quadros da Polícia Militar, determinando seu imediato retorno à função ocupada, com todos os consectários jurídico-financeiros dele decorrentes.

(RMS 20.572/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 15/12/2009)

Identifica-se assim que a jurisprudência pátria quando decide por aplicar o *vcfp* à Administração Pública o faz, inclusive, em detrimento do Poder de Autotutela.

IV.10 Aplicação da teoria dos atos próprios aos atos judiciais – aplicação processual

A proibição de atos contraditórios por parte do Poder Público é algo que, de certo modo, já é aplicado nas relações travadas com a Administração com certa frequência, havendo precedentes jurisprudenciais sobre o tema, conforme visto no tópico anterior.

Entretanto, no presente tópico, cumpre analisar uma aplicação específica do instituto perante a Administração Pública, qual seja, no exercício da função jurisdicional por ela desempenhada.

Sobre a aplicação da proibição do *vcfp* na seara processual civil, algumas valiosas observações devem ser feitas.

Primeiramente, a doutrina deve ser aplicada de ofício pelo magistrado sempre que verificado um prejuízo ao direito de defesa. Basta que a parte haja denunciado a mudança de postura da outra parte para que se proceda a aplicação de ofício da teoria.

Os juízes como diretores dos processos têm o dever de manter a ordem e a igualdade entre as partes. Por isso, devem qualificar como uma infração aos deveres de lealdade, probidade e boa-fé a conduta da parte que trata de buscar a vitória fazendo o que não se espera que faça à luz de uma conduta própria e prévia. Daí por que a postura observada pelas partes durante o transcurso do processo poderá constituir um elemento de convicção corroborante das provas para julgar a procedência das respectivas pretensões. Nesse sentido, interessante o teor o disposto no art. 163, V, do Código de Processo da Argentina:

La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

No Direito Brasileiro o art. 14 do Código de Processo alberga, sem dúvida, a possibilidade de aplicação da doutrina no ordenamento processual pátrio:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

...
II - proceder com lealdade e boa-fé;

Outro aspecto processual relevante é o de que a Doutrina dos Atos Próprios é utilizada antes como defesa, exceção processual, do que como argumento de pretensão, impondo limites que impeçam uma contravenção à boa-fé

que não possa ser evitada pelas normas legais positivadas, atuando, assim, como norma subsidiária.¹³⁰

De todo modo, isso não impede sua utilização para fundamentar um requerimento contra quem haja atuado de forma cambiante, funcionando, também, como base para uma pretensão. Do contrário, os efeitos práticos da utilização da teoria seriam reduzidos se apenas pudesse ser invocada para afastar uma pretensão contraditória, mas, não, para fundar uma pretensão contra que atuou de maneira contraditória¹³¹.

Ainda sob o aspecto processual, importante consignar que a Teoria dos Atos Próprios deve ser aplicada, também, aos atos dos juízes e tribunais impedindo que esses contradigam os atos que deram curso à marcha processual. A imposição desse dever de coerência também aos magistrados é potencializado em razão de a eles caber o primeiro exemplo do atuar em boa-fé.

A proibição do *venire* no processo civil já foi alvo de algumas ponderações na doutrina brasileira, devendo ser destacadas as contribuições de ANDERSON SCHREIBER, ALDEMIRO REZENDE DANTAS JR. e FREDIE DIDIER JR. que dedicaram uma parte de seus escritos para tratar do tema. Na doutrina estrangeira, também especificamente sobre sua aplicação no processo civil, existem diversas obras, valendo destacar MENEZES CORDEIRO, ALEJANDRO BORDA, ALFREDO GOZAÍNI, ISIDORO EISNER e MARCELO LÓPEZ MESA¹³².

¹³⁰ *"Its use is a shield, and not as a sword."* CABABE, Michael. **The Principles of estoppel: An Essay**. Aurora, Illinois: Gale Making of Modern Law publisher, 2012.

¹³¹ *"Es invocable tanto como excepción o defensa, cuanto para fundar en ella la existencia de um derecho."* ALTERINI, Atilio Aníbal; CABANA, Roberto Lopez. **La doctrina de los propios actos em el Código Civil. Jurisprudência Argentina** in *Doctrina Judicial*. Buenos Aires: La Ley, 1987. Vol. II, p. 405.

¹³² DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil** in *Leituras Complementares de Direito Civil*. Farias, Cristiano Chaves de – coord. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007. SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007. BORDA, Alejandro. **La teoría de los actos propios**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. EISNER, Isidoro. **La Doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal** in LL, tomo 1987-C, Buenos Aires. p.

Aplicando o princípio aos atos processuais praticados pelas partes, DANTAS JR. o relaciona com a litigância de má-fé praticada por um dos demandantes:

À guisa de simples exemplo pode-se apontar o disposto no Código de Processo Civil brasileiro, que, de modo expresso, determina às partes litigantes o dever de se comportarem com lealdade e boa-fé (art. 14, II), condenando o pagamento de perdas e danos aquele que litigar pleiteando de má-fé (art. 16). E veja-se que o diploma processual pátrio, ao esclarecer que se deve considerar como litigante de má-fé, tanto se vale de aspectos subjetivos (por exemplo, ao dizer que litigante de má-fé é quem interpõe recurso com intuito manifestamente protelatório – art. 16, VI) quanto de considerações objetivas, referentes ao comportamento da parte (por exemplo, no caso de quem deduz pretensão contra texto expresso de lei – art. 16, I).¹³³

Essa visão segue o pensamento de MENEZES CORDEIRO:

A aplicação geral do instituto do abuso do direito no campo do Direito Processual Civil surge, hoje, indiscutível. Nenhuma posição jurídico-subjetiva está imune a uma sindicância, no momento do seu exercício, feita à luz dos valores fundamentais do ordenamento em causa. Não há alternativa: o direito subjectivo imune ao sistema – e, como tal, susceptível de um exercício ilimitado – acabaria por se colocar fora do próprio ordenamento, tornando-se irreconhecível. Estas considerações não poderiam deixar de se aplicar ao direito de acção judicial...¹³⁴

A abordagem de DIDIER JR. se baseia na conduta dos litigantes durante o processo judicial com vistas a afastar a ocorrência de nulidades processuais, aplica-a, também, para identificar a preclusão lógica e vai um pouco mais além, afirmando sua aplicação igualmente em relação ao magistrado:

No sistema de invalidades processuais, vige a regra que proíbe o comportamento contraditório (vedação ao *venire contra factum proprium*). Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios

820-827. GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO. **Temeridad y Malicia em El Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propios – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, Argentina, 2009. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**. Coimbra: Almedina, 2006.

¹³³ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007. p.139.

¹³⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**, Coimbra: Almedina, 2006.p. 85.

da lealdade processual (*princípio da confiança* ou *proteção*) e da boa-fé objetiva.

...

O CPC consagra a regra no art. 243: 'Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa'. O enunciado normativo aplica-se, segundo a maioria da doutrina, apenas aos casos em que o defeito do ato processual não permite a invalidação a qualquer tempo (*nulidades relativas* ou *anulabilidades processuais*);

...

Não parece razoável, de fato, defender que a ilicitude derivada do comportamento contraditório deva ficar restrita ao campo das chamadas *anulabilidades* ou *nulidades relativas* processuais.

...

Importante que se perceba que a preclusão lógica está intimamente ligada à vedação do *venire contra factum proprium*, inerente à cláusula geral de proteção da boa-fé. Considera-se ilícito o comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (*princípio da confiança* ou *proteção*) e da *boa-fé* objetiva.

Quando a parte ou o magistrado adota um comportamento que contrarie comportamento anterior, atua de forma desleal, frustrando expectativas legítimas de outros sujeitos processuais. Comportando-se o sujeito em um sentido, cria fundada confiança na contraparte – confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico social do negócio -, não podendo, depois, adotar um comportamento totalmente contraditório, o que quebra a confiança gerada e revela ardil, deslealdade, evasão. Trata-se de lição velha, embora aplicada, aqui, com outros termos.¹³⁵

Como visto, todas as opiniões doutrinárias acima descritas analisam a aplicação do *vcfp* no bojo de uma relação processual (autor – juiz – réu), analisando as expectativas das partes dessa relação frente aos atos que nela foram praticados. Mais à frente será vista uma perspectiva processual diferente das acima listadas, onde se buscará caracterizar o ato judicial de cambiar jurisprudência como sendo uma espécie *vcfp*.

IV.11 Efeitos da aplicação do *vcfp*

¹³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil** in Leituras Complementares de Direito Civil. Farias, Cristiano Chaves de – coord. Salvador: Edições Jus Podium, 2007. p. 199-207.

Caracterizado um ato como representativo de um *vclp*, diversas consequências podem ser impostas pelo ordenamento e qualquer uma delas resultará no sacrifício de um direito daquela pessoa que atuou de forma incoerente.

De logo, deve ser registrado que a ideia básica, quando se examinam as consequências jurídicas *do venire contra factum proprium*, não é, necessariamente, a manutenção do primeiro comportamento adotado pelo sujeito ou dos seus efeitos jurídicos. O que se busca é a proteção da confiança surgida na outra pessoa e essa pode ocorrer por diversos meios.

A forma de proteção desta confiança pode ser pela preservação do primeiro comportamento diante inadmissibilidade (ineficácia) do segundo comportamento; eficácia apenas *ex nunc* para o segundo comportamento; reparação indenizatória; estabelecimento de regras de transição.

DANTAS JÚNIOR cita a possibilidade de declaração de nulidade *ex nunc* ou da manutenção de alguns efeitos da primeira conduta, ainda que haja vício de nulidade, preservando-se os efeitos ocorridos até o surgimento do *factum proprium* ou, ao menos, alguns deles. Cita, o autor, para exemplificar a primeira situação, o exemplo do contrato de trabalho firmado com menor de dezesseis anos e, para a segunda, o caso em que o trabalhador é contratado sem prévia aprovação em concurso público.¹³⁶

Nada obstante as situações descritas pelo citado autor mereçam proteção em decorrência do Princípio da Boa-Fé Objetiva, os exemplos dados não podem ser caracterizados como uma aplicação da Teoria dos Atos Próprios, uma vez que, como visto linhas acima, essa requer a prática de dois atos lícitos, contraditórios entre si, o que não é o caso dos exemplos dados onde o *factum*

¹³⁶ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007, p.370.

proprium apontado é ilícito – contratação de menor e de servidor público sem concurso.

Sem dúvida, caracterizado o *vclfp*, deve-se imputar uma sanção ao sujeito ativo violador da legítima confiança, entretanto, deve-se excluir a aplicação da Teoria das Nulidades do Negócio Jurídico, pois não há ilicitude nos atos *factum proprium* e *venire*, considerados em si mesmos. Os exemplos citados, na verdade, representam expressões do *Tu Quoque* ao enunciar que ninguém merece proteção quando invocar em seu favor a própria torpeza.

Qual deve ser então essa sanção: Ressarcimento? Privação de direitos? Ineficácia?

Ainda que o ressarcimento possa servir como recomposição, essa não seria uma sanção específica para o ato de contradição e, poderia não impedir a prática desses atos, pois, talvez, seja mais vantajoso ao sujeito ativo violar o princípio e pagar uma indenização, não se sentindo inibido em pautar seu comportamento em atos contraditórios.

A privação de direitos como sanção acabaria por alterar a própria concepção da teoria dos atos próprios a qual não visa extinguir direito, mas, limitar seu exercício em consonância com um dever de coerência. A teoria funciona como uma forma de proteção àquelas pessoas que tenham confiado na manifestação anterior; não busca impedir a mudança de comportamento por si só. Essa é admitida, desde que resguardadas expectativas daqueles que confiaram no ato pretérito. Assim, também não parecer ser a sanção mais adequada.

Tem-se, então, que é a ineficácia da conduta posterior frente àqueles que confiaram na primeira postura a melhor consequência que deve ser imposta aos atos contraditórios.

Aqui a ineficácia do ato não estará associada a um vício do negócio jurídico, daí que tecnicamente prefira-se falar em inadmissibilidade da conduta, ou seja, ausência do resultado/efeito pretendido. O ato contraditório posterior não se tem em conta, sendo assim irrelevante.

Tendo em vista da impossibilidade de operar-se a ineficácia do ato de *venire* a outra, e única, solução que se mostra possível será o dever de indenizar a ser imposto ao sujeito contraditório, como, entendem alguns, ocorrerá nos casos em que a postura contraditória for da Administração Pública e se der em razão do interesse público (conforme visto linhas acima) ou na hipótese de a manutenção do ato do *venire* proteger terceiro de boa-fé, como no exemplo em que o ato contraditório praticado por “A” consiste na venda de um bem ao terceiro “C” quando o *factum proprium* indicava que a venda seria realizada a “B”.

CAPÍTULO V – CÂMBIO DE JURISPRUDÊNCIA E TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS

V.1 Aplicação processual específica da teoria dos atos próprios aos atos contraditórios representados pelos câmbios de jurisprudência

A perspectiva analisada a partir aqui é diversa da expressa nas lições doutrinárias citadas no capítulo anterior.

A vedação à prática de atos contraditórios que se busca a partir de então defender é aquela dirigida ao Estado Juiz, ao próprio julgador da lide o qual, em virtude dos atos por ele praticados, também gera expectativas nos jurisdicionados em decorrência de posturas pretéritas, **mesmo que esses não sejam parte no processo.**

O juiz é sujeito da relação jurídica processual, não toma parte na lide, mas nela está incluído, possuindo vários poderes, mas também vários deveres a serem exercidos no curso da demanda, sendo o responsável pela sua solução, de forma obrigatória, diante do Princípio do *non liquet*. Assim, ainda que a conduta do magistrado deva ser pautada na imparcialidade, não se deve negar que seus atos influem diretamente nas condutas dos outros sujeitos da relação e, por vezes, na postura adotada pela sociedade em geral, que toma as decisões judiciais como padrões a serem seguidos.

A abordagem aqui realizada não está dirigida à análise *micro* da função jurisdicional, no sentido de verificar se seria, ou não, possível que determinado juiz, em determinada demanda, adotasse posturas contraditórias. Ainda que essa realidade também deva ser tida como contrária aos postulados da Teoria

dos Atos Próprios, a preocupação é com uma análise *macro* da função jurisdicional enquanto instituidora de pautas de condutas a serem observadas pela sociedade.

A aplicação da Teoria dos Atos Próprios aos atos de câmbio jurisprudencial decorre da necessidade de previsibilidade a respeito de um dado provimento jurisdicional, manifestação da segurança jurídica frente aos atos praticados pelo Estado Juiz e que busca excluir (ou ao menos reduzir) elementos incontroláveis da atividade de julgamento. Nesse sentido, JORGE NUNES, leciona:

Não pode o cidadão ficar à mercê do justo pessoal do magistrado. Seu direito é o de que o magistrado revele a decisão que ele supõe já estar contida na norma jurídica. Não há negar, entretanto, que, em última análise, o magistrado prolator da decisão final é o árbitro da certeza do Direito, razão mais do que suficiente para que a doutrina coloque em dúvida a higidez de seu proceder. Deveras, o poder do juiz de criar e dizer o Direito para o caso concreto, em última instância, é potencialmente perigoso e desde há muito se vem sendo questionado em sede de doutrina, mercê de todos os aspectos em certo sentido incontroláveis que concorrem para a formação da decisão judicial.

...

[...] a segurança jurídica funciona como uma espécie de controle das expectativas dos atos da administração estatal, no mais amplo sentido da palavra, justamente porque o Estado de Direito, no sentido aqui exposto, tende a assegurar o máximo de previsibilidade.¹³⁷

Como lecionava CARDOZO, no início do século passado, a incerteza é inerente ao direito, sendo impossível sua eliminação, o que se busca, então, é a máxima redução de seus efeitos para que se alcancem níveis toleráveis¹³⁸.

Nada obstante se reconheça a existência de aspectos incontroláveis na formação da decisão judicial, esses devem ser reduzidos ao máximo, e uma nova forma de controle pode ser a exigência de coerência do Poder Judiciário por meio da

¹³⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94 e 96.

¹³⁸ CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**, New Haven: Yale University Press, 1977, p. 166.

Teoria dos Atos Próprios, a qual, acredita-se, beneficia todo o ordenamento e, inclusive, o próprio órgão julgador que passa a ter otimizada sua credibilidade frente aos cidadãos ao buscar conferir um maior sentimento de justiça e estabilidade às suas decisões.

O enfoque processual do *vclp* defendido no presente trabalho é a incidência do instituto sobre a criação de jurisprudência nas Cortes Superiores, as quais, pelo simples desempenho de suas atribuições, ao proferirem decisões que são tomadas como padrões pelos demais órgãos judiciais, pelos órgãos da Administração e pelos próprios cidadãos, geram uma legítima expectativa nos jurisdicionados que se encontrem nas mesmas circunstâncias descritas nos precedentes jurisprudenciais.

Quando se constrói determinada jurisprudência no âmbito de uma Corte Superior, é indubitável que tal circunstância implica uma sensação de previsibilidade sobre as futuras decisões que venham a ser prolatadas a respeito da mesma matéria, não apenas no seio do tribunal prolator, mas, principalmente, pelas cortes e juízes a ele vinculados, bem como pela Administração Pública.

É nesse ponto da discussão que se insere o tema proposto para análise. O comportamento de um tribunal superior gera legítima expectativa nos jurisdicionados diante da previsibilidade a respeito da postura que será adotada para os casos semelhantes aos que já foram anteriormente julgados. Assim, pelo menos uma das partes passa a confiar que o provimento judicial que lhe será dado é idêntico àquele dos precedentes. A quebra dessa expectativa implica incidência do *Nemo Potest Venire Contra Factum Proprium*.

Não se ignora a polêmica do tema. Diante da independência ínsita ao exercício da função jurisdicional, causa certa perplexidade imaginar a

obrigatoriedade de o julgador ficar vinculado às suas decisões pretéritas. Como disse HOBBS, o juiz não pode se tornar escravo de suas decisões passadas. Mas o que se defende aqui não é essa vinculação¹³⁹.

Não se imagina a impossibilidade de o órgão julgador alterar sua interpretação jurídica, seu entendimento sobre os fatos ou, mesmo, sua convicção pessoal sobre determinado tema que lhe seja submetido à apreciação, não. A aplicação do *venire* à atividade dos órgãos jurisdicionais visa, antes de tudo, fazer prevalecer o Princípio da Segurança Jurídica e a função jurisdicional enquanto pacificadora de conflitos e criadora de pautas gerais a serem seguidas pela sociedade em geral.

Essa aplicação fica evidente quando se entende o processo como uma relação jurídica ou, mesmo, como uma situação jurídica na qual o destino do direito substancial posto em debate é decidido segundo os comportamentos das partes e do próprio juiz os quais vão perfilhando cargas, expectativas, riscos, chances e possibilidades por meio das quais cada um dos litigantes está cada vez mais perto ou longe de uma decisão favorável¹⁴⁰.

Diante dessa perspectiva, o órgão julgador em relação ao qual deve haver esse tipo de preocupação não é o magistrado de primeiro grau, ou mesmo os tribunais locais, ainda que em relação a eles a vedação ao comportamento contraditório se mostre de todo saudável. Entretanto, o que se defende é a precípua incidência do princípio sobre as competências desempenhadas pelas Cortes Superiores, já que a elas cabe a função uniformizadora da jurisprudência.

¹³⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado escolástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 205.

¹⁴⁰ Essa a concepção criada por James GoldSchmidt, na qual o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável. Nega ele a existência de direitos e obrigações processuais e considera que os pressupostos processuais de BÜLOW são, na verdade, pressupostos de uma sentença de fundo. GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Juruá. 2003, p. 15-18.

A questão, então, fica centrada na aplicação do *Nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito das Cortes Superiores quando tenham que julgar demandas em relação às quais deveria haver uma manifestação idêntica a outras com as quais possuam similitude fática e jurídica.

Estando a pretensão de uma das partes amparada na orientação de um tribunal uniformizador de jurisprudência, teria ela a legítima expectativa de receber a mesma tutela jurisdicional que anteriormente fora concedida a quem se encontrava em semelhante situação.

A legítima expectativa da parte, que deve ser protegida pela proibição do *venire*, é aquela gerada em decorrência de decisões proferidas por Cortes uniformizadoras de jurisprudência. De certo, não é qualquer decisão proferida por essa Corte que pode gerar legítimas expectativas nos jurisdicionados. Essas só podem ser identificadas, geralmente, a partir da prolação de vários precedentes em um mesmo sentido, de maneira a formar determinada jurisprudência.

De todo modo, ainda que não exista prolação de vários precedentes em um mesmo sentido, será possível identificar a legítima expectativa do jurisdicionado diante de poucos julgados (ou mesmo de um único julgado), mas que tenham sido prolatados por órgãos que detenham competência exclusiva para apreciar determinada matéria¹⁴¹.

Entretanto, não haverá legítima expectativa se não houve prolação de julgamento por Corte uniformizadora ou caso haja divergência interna no âmbito desta. A mera prolação de votos sem conclusão de julgamento ou a possibilidade de outro órgão da mesma Corte proferir decisão divergente, não pode servir para

¹⁴¹ Por exemplo, uma decisão baseada em lei federal sobre matéria tributária que seja proferida pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, órgão composto pelas 1ª e 2ª Turmas as quais possuem competência exclusiva para julgar matéria tributária. Ou, sendo mais simples, uma única decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal.

caracterizar a legítima expectativa necessária a determinar a aplicação da Teoria dos Atos Próprios.

O momento em relação ao qual deverá ser verificada a existência ou não de uma legítima expectativa do jurisdicionado deve ser, em regra, o da propositura da demanda, devendo a alteração jurisprudencial preservar as expectativas daqueles que propuseram ações antes de uma eventual virada hermenêutica, confiando na pauta até então estabelecida.

Dessa forma, não pode o julgador ficar alheio às mudanças axiológicas que implicam mudança de interpretação ainda que para casos semelhantes decididos no passado. Entretanto, essa alteração deve respeitar a legítima expectativa do jurisdicionado que fora gerada pela própria atividade judiciária.

A proibição ao *venire contra factum proprium* implicaria um engessamento da função judicante? De forma alguma. Repita-se, não se defende a impossibilidade de o Poder Judiciário alterar suas convicções ou de buscar uma solução cada vez mais próxima daquilo que entenda ser um ideal de Justiça. Nada é imutável, nenhum direito é absoluto e, por isso, nenhuma interpretação sobre direito o seria. Apenas deve-se buscar proteger que confiou em uma orientação jurisprudencial.

O processo não pode representar uma armadilha para as partes de maneira que os juízes ao modificarem suas interpretações devem contemplar os efeitos que essas alterações causam aos jurisdicionados que estão submetidos ao seu julgamento.

Destarte, a aplicação da Teoria dos Atos Próprios aos Câmbios de Jurisprudência implica um embate entre três realidades: (1) a independência dos

órgãos do Poder Judiciário; (2) a busca de uma solução cada vez mais justa para os litígios postos à apreciação; e (3) a proteção das expectativas das partes em face do Princípio da Segurança Jurídica, aqui manifestado pela proibição do *venire contra factum proprium*.

Nesse conflito, nenhum dos princípios deve ser eliminado, todos podem concorrer para a concretização da proteção à segurança, desde que sejam utilizados os instrumentos adequados e, claro, desde que haja esta preocupação por parte do órgão julgador, o que não tem sido observado no Brasil, como se verá mais à frente.

De qualquer maneira, também na seara processual não se deve esquecer da aplicação residual da teoria, de forma que, havendo outros instrumentos mais específicos que sejam hábeis a tutelar a proteção da confiança, não haverá necessidade de aplicar-se a doutrina do *vclp*.

V.2 Caracterização do câmbio de jurisprudência como um ato de *venire contra factum proprium*

Cumpra aqui, dentro da aplicação processual da teoria dos atos próprios que serve de instrumento de proteção aos jurisdicionados contra mudanças surpreendentes de interpretação, identificar os elementos que permitem caracterizar o ato judicial de câmbio de jurisprudência como atentatório à teoria dos Atos Próprios.

Os jurisdicionados não possuem outra opção que não seja confiar nos atos antecedentes das Cortes Superiores, principalmente quando eles estão inseridos em uma continuidade dinâmica e geram expectativas (legítimas, não poderia ser de outro modo) a respeito de uma conduta a ser adotada. Os

precedentes funcionam como mecanismos que transmitem informação, são veículos que levam credibilidade às posturas adotadas pelos cidadãos.

A reiteração de julgados em um mesmo sentido permite ao cidadão supor que tal conduta não será interrompida, garantindo redução de riscos e de insegurança.

Assim, a Teoria dos Atos Próprios cumpre uma função comunicacional que liga o emissor, no caso, uma Corte de Justiça, e um receptor, o cidadão jurisdicionado. Este último decodifica ou interpreta esse enunciado e o toma como marco de referência, valores e expectativas razoáveis e gera uma decisão que o levará a executar a ação esperada pelo emissor¹⁴².

Indubitável, então, que os atos antecedentes de um Tribunal têm um importante valor motivador de condutas, dado que os cidadãos se movem por motivações e a principal delas é a expectativa que afasta a incerteza, evitando riscos desnecessários. O normal é que a expectativa em relação a uma decisão judicial seja razoável e objetiva conforme os precedentes emanados do mesmo órgão jurisdicional ou daqueles tribunais em relação aos quais esteja subordinado. Esse critério da expectativa objetiva decorre de uma situação que, por sua regularidade, notoriedade, intensidade persuasiva e competência do órgão emissor faz com que o cidadão a tome com base para suas decisões.

É de se destacar que as condutas judiciais anteriores atuam de dois modos: incidem sobre o cidadão individual de acordo com as relações jurídicas por esse travadas; e incidem sobre a massa de cidadãos como um todo, abarcando aqueles que não travam relações jurídicas como as que tenham sido objeto de decisões do Poder Judiciário, mas que, mesmo assim, passam a ter conhecimento a

¹⁴² Sobre essa função comunicacional da Teoria dos Atos Próprios ver WEINGARTEN, Celia. **Derechos en Expectativa del Consumidor. Aplicación de la doctrina de los propios actos**. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 12.

respeito da postura a ser adotada quando tiverem que estabelecer semelhantes relações.

Assim, os precedentes judiciais geram uma expectativa nos cidadãos a respeito de uma determinada situação, isso porque se espera que as pessoas se comportem de acordo com a pauta firmada. Criar uma expectativa razoável significa trabalhar com base em algum acontecimento futuro e comportar-se conforme a certeza de sua ocorrência, minimizando as situações de risco. Quanto maior seja a dinâmica e continuidade dos atos próprios, maior será o grau de certeza e segurança acerca de um comportamento ou fato futuro.

As decisões das Cortes Superiores representam um poderoso instrumento de progresso para a sociedade e permitem deduzir que o que foi decidido permanecerá estável e se repetirá no futuro, da mesma forma que a Doutrina dos Atos Próprios a qual busca um âmbito de estabilidade e continuidade das relações, o que faz ser possível proteger as expectativas e superar o elemento de incerteza acerca do comportamento das pessoas.

Não surpreende que um juiz ou tribunal mudem de opinião, tampouco que alterem seus enfoques, seus fundamentos ou ênfases, isto é normal.

O que não é normal, nem coerente, é que um juiz ou um tribunal que haja proferido inúmeros julgados acerca de um determinado assunto, como, por exemplo, afirmando a constitucionalidade de um determinado imposto, descubra e resolva um dia que o mesmo imposto seria inconstitucional porque não poderia tê-lo instituído, decisão que deixa ausente de sentido e fundamento todos aqueles pronunciamentos próprios anteriores.¹⁴³

¹⁴³ GOÑI, Enrique G. *Bull. Los propios actos y La función judicial* in *La información*, año LIX, nº 701, t. LVII. Buenos Aires: Cangallo, mayo, 1988. p. 924.

Se os juízes podem e devem exigir congruência aos litigantes com base na Teoria dos Atos Próprios, devem também eles acatá-la e atuar de acordo com sua consequência. Por respeito a si mesmos, ao Poder Judiciário que integram e ao povo a que devem servir. Esse dever imposto aos juízes não decorre do plano da bilateralidade do processo, mas, sim, do plano da derivação do preceito moral superior da boa-fé, da necessidade de que os demais possam saber a que ater-se, pois esse tipo de decisão surpresa apenas diminui a confiança no Poder Judiciário.¹⁴⁴

Defende-se, então, que não só o juiz não pode contradizer seus atos anteriores no mesmo processo, como também não pode contradizer o critério que já havia adotado sobre o mesmo tema em casos anteriores. Ao menos, é claro, que essa mudança seja devidamente fundamentada e leve em consideração a proteção daqueles que confiaram e pautaram sua conduta na orientação até então em voga.

O juiz não pode ser volúvel ao ponto de não aplicar o mesmo critério para casos semelhantes. Há uma obrigação de manter coerência interpretativa e decisória. Do contrário, há violação direta à segurança jurídica no seu aspecto de grau de previsibilidade das decisões judiciais e também ao Princípio da Igualdade, além do que, essa volubilidade judicial representa, sem dúvida, uma forma de mal desempenho da função pública incumbida ao Poder Judiciário.

Como dito, os juízes devem dar o exemplo de coerência uma vez que – assim como outros que desempenham funções essenciais da Justiça – constituem um segmento de pessoas com uma formação especial, em comparação com a maioria da população em geral, leiga em assuntos jurídicos. A atuação dos magistrados é vigiada com grande expectativa pela sociedade que vê com grande

¹⁴⁴ GOÑI, Enrique G. *Bull. Los propios actos y La función judicial* in *La información*, año LIX, nº 701, t. LVII. Buenos Aires: Cangallo, mayo, 1988. p. 925.

preocupação os erros judiciais, ainda que nem sempre consiga identificá-los. Por isso, o juiz e o tribunal devem ser coerentes com sua atuação, não podendo variar de comportamento de forma abrupta.

Não se defende que os juízes não possam se equivocar; ao contrário, isso é bastante comum. E, diante do erro, devem buscar corrigi-lo, mas, para isso, devem sempre estabelecer um procedimento bilateral para sanar esse equívoco, buscando, assim, evitar o desagradável elemento surpresa. Não se quer, com a Doutrina dos Atos Próprios, esconder uma intenção de fazer com que o juiz permaneça no erro. O que se busca é proteger o jurisdicionado que tinha uma legítima expectativa em relação à decisão judicial.

No Brasil a aplicação da teoria dos Atos Próprios, como um todo, ainda é bastante incipiente, mesmo nos casos relacionados ao puro direito privado não se encontra um exato delineamento da teoria em nossa jurisprudência. No que concerne a essa específica aplicação do *venire* para os órgãos judiciais, muito menos. Em outros países da América latina, ao contrário, a questão se encontra bastante desenvolvida.

Sob esse aspecto, a aplicação da Teoria tem tido efetiva aplicação no direito argentino, de forma que na atualidade os tribunais daquele país têm aceitado essa postura e obrigam-se a cumprir o dever de coerência. Da Argentina vale citar, por todos, didático precedente do Superior Tribunal de Justiça de Rio Negro¹⁴⁵:

*No son sólo dos – las partes – sino también el sentenciante. De allí que la doctrina de los propios actos comprometa igualmente el proceder del tribunal, y en consecuencia mal podría exigírseles a las partes una conducta procesal diferente de la seguida, cuando el paréntesis a la actividad procesal en miras al posible entendimiento o al arreglo que pusiera fin a la misma fue dispuesto y conformado por este Superior Tribunal de Justicia. **La parte que confío en los sucesivos proveídos dictados en la causa, para enquadrar su actividad en el proceso, se hallaría***

¹⁴⁵ STJ de Río Negro, diciembre 1-1993, "Giménez, Juan C.", DJ 1994-2-1253

sorprendida y vulnerada em su derecho de defensa se por causa de una posterior decisión judicial se le privara de alguna facultad o recurso com manifesto menoscabo de La confianza debida e del principio de seguridad jurídica. El deber de lealtad es exigible a todos los sujetos del proceso sin exclusión del juez o tribunal.” – negrito não constante do original.

Especificamente tratando da questão dos câmbios de jurisprudência como sendo um ato de *venire* e submetendo-o à Teoria dos Atos Próprios, tem-se um paradigmático acórdão da Corte Constitucional da Colômbia:

Son la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, construídos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material em los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. **Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Esta obligación de respeto por los propios actos implica, no solo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de maneta expresa, es decir, la obligación— de motivar sus decisiones con base ensu propia doctrina judicial.**

...

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararias, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posteriores contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún

tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet. En efecto, si esta máxima se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde - en principio - la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable consistente y uniforme¹⁴⁶ – *negrito não constante do original.*

Esses precedentes mostram como a jurisprudência dos demais países da América Latina está bem mais avançada no trato da matéria em relação ao Brasil onde o tema ainda não possui uma bibliografia específica¹⁴⁷, sendo o presente trabalho a tentativa de fomentar o debate.

V.3 Identificação dos elementos da teoria dos atos próprios na decisão judicial surpreendente

Para caracterizar os câmbios de jurisprudência como atos de *venire* é necessário identificar a presença dos elementos caracterizadores da Teoria dos Atos Próprios, que foram acima analisados, na decisão judicial cambiante.

¹⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, pleno, 09.08.2001, sentença C-836/01, Relator Rodrigo Escobar Gil. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>>

¹⁴⁷ Efetivamente existem trabalhos brasileiros dedicados aos temas de mudança de jurisprudência e segurança jurídica, boa-fé, princípio da confiança, mas não identificamos nenhum trabalho que tenha cuidado de identificar e defender o câmbio interpretativo como sendo um ato de *venire contra factum proprium*.

Com efeito, o primeiro passo que deve ser realizado é o reconhecimento da relação Estado Juiz – Cidadão Jurisdicionado como uma relação jurídica que impõe deveres a ambas as partes (**primeiro requisito do vcfp**).

Assim, da mesma forma que as partes possuem deveres no processo, igualmente outros incumbem ao órgão julgador, dentre eles, o dever de coerência. Os demandantes esperam que as decisões e posturas adotadas pelo Estado-Juiz sejam coerentes com outras que foram adotadas em casos semelhantes ao seu e que antes já foram analisados.

Há, então, uma relação jurídica estabelecida ente o órgão julgador e o jurisdicionado e na qual deve existir um dever de coerência que é imputado ao primeiro no que concerne às suas decisões pretéritas.

A jurisprudência até então formada se caracteriza como uma conduta do Estado-Juiz que é juridicamente relevante e eficaz (**segundo requisito**), tanto que formou jurisprudência, ou seja, foi uma conduta reiterada e que se prestou a decidir inúmeros outros casos idênticos que anteriormente foram analisados pelo mesmo órgão julgador.

Em um determinado momento posterior, o mesmo órgão que antes afirmava “A” para o caso “B” passa a afirmar “C” para a mesma situação tratada no caso “B”. Então, tem-se uma mudança de postura por parte de um mesmo sujeito (**terceiro requisito**).

Entre o primeiro entendimento jurisprudencial – interpretação “A” – e o segundo – interpretação “B” – há uma incompatibilidade que impede que ambos se façam presentes simultaneamente (**quarto requisito**).

Quanto ao quinto requisito expresso – identidade de sujeitos em ambos os momentos – entendemos que essa identidade só deve ser exigida em

relação àquele que muda sua postura, ao menos neste caso de câmbio de jurisprudência. Essa afirmação é fundamentada com base no Princípio da Igualdade, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo que as Cortes Superiores possam conferir interpretações distintas ainda que os casos sejam idênticos, violando, assim, sua própria função que é de uniformizar a jurisprudência.

Desse modo, ao menos para esse caso de câmbio de interpretação judicial, adota-se a doutrina que apenas exige a identidade de sujeitos apenas em relação àquele que pratica a conduta contraditória.¹⁴⁸

Por fim, o câmbio de jurisprudência também fica caracterizado como sendo um ato que viola a Teoria dos Atos Próprios quando se verifica que tanto o *factum proprium* quanto o *venire* são manifestações lícitas que não possuem qualquer ilegalidade ou vício. Dessa maneira, aqui não se questiona a retidão de um ou outro posicionamento jurisprudencial, não há preocupação com o fato de se entender como justa ou correta a primeira ou a segunda interpretação judicial, a questão é proteger a legítima expectativa daqueles cidadãos que pautaram sua conduta na orientação pretoriana que vem a ser cambiada. Daí a necessidade de uma visão realista.

Para exemplificar essa caracterização, tomemos o caso já citado no qual o Superior Tribunal de Justiça analisou a tributação do Imposto de Renda sobre os prestadores de serviços hospitalares.

Em um primeiro momento, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, órgão do tribunal que possui competência exclusiva para analisar matéria tributária, entendeu, por unanimidade, que apenas aqueles contribuintes do IR que

¹⁴⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos propio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009. p. 122-124.

possuíssem capacidade de realizar internação de pacientes fariam *jus* à redução da base de cálculo do imposto:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CLÍNICA RADIOLÓGICA. SERVIÇOS HOSPITALARES. DIFERENCIAÇÃO.

1. A clínica médica que explora serviços de radiologia, ultra-sonografia e ressonância magnética, sem internação de paciente para tratamento, não pode ser considerada como entidade hospitalar para os fins previstos no art. 15, § 1º, inciso III, alínea "a", da Lei nº 9.240, de 26.12.1995.

2. Inexistência de dúvida sobre o tipo de serviço prestado pela recorrente.

3. Por entidade hospitalar deve se entender o complexo de atividades exercidas pela pessoa jurídica que proporcione internamento do paciente para tratamento de saúde, com a oferta de todos os processos exigidos para prestação de tais serviços ou do especializado.

4. Impossibilidade de se interpretar extensivamente legislação tributária que concede benefício fiscal.

5. Recurso especial não-provido.

(REsp 832906/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/11/2006, DJ 27/11/2006, p. 244) – negrito não constante do original.

Passados quatro anos, a mesma Primeira Seção (identidade de sujeito), analisando a mesma situação fática e jurídica (redução da base de cálculo do IR e da CSLL para prestadores de serviços hospitalares), entendeu que o requisito da internação de pacientes não seria obrigatório:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO PRESUMIDO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. BASE DE CÁLCULO. ARTS. 15, § 1º, III, "A", E 20 DA LEI Nº 9.249/95. SERVIÇO HOSPITALAR. INTERNAÇÃO. NÃO-OBRIGATORIEDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA. FINALIDADE EXTRAFISCAL DA TRIBUTAÇÃO. POSICIONAMENTO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO DA UNIÃO. CONTRADIÇÃO. NÃO-PROVIMENTO.

1. O art. 15, § 1º, III, "a", da Lei nº 9.249/95 explicitamente concede o benefício fiscal de forma objetiva, com foco nos serviços que são prestados, e não no contribuinte que os executa. Observação de que o Acórdão recorrido é anterior ao advento da Lei nº 11.727/2008.

2. Independentemente da forma de interpretação aplicada, ao intérprete não é dado alterar a mens legis. Assim, a pretexto de adotar uma interpretação restritiva do dispositivo legal, não se pode alterar sua natureza para transmutar o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo.

3. A redução do tributo, nos termos da lei, não teve em conta os custos arcados pelo contribuinte, mas, sim, a natureza do serviço, essencial à população por estar ligado à garantia do direito fundamental à saúde, nos termos do art. 6º da Constituição Federal.

4. Qualquer imposto, direto ou indireto, pode, em maior ou menor grau, ser utilizado para atingir fim que não se resume à arrecadação de recursos para o cofre do Estado. Ainda que o Imposto de Renda se caracterize como um

tributo direto, com objetivo preponderantemente fiscal, pode o legislador dele se utilizar para a obtenção de uma finalidade extrafiscal.

5. Deve-se entender como "serviços hospitalares" aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos.

6. Duas situações convergem para a concessão do benefício: a prestação de serviços hospitalares e que esta seja realizada por instituição que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados do simples atendimento médico, sem, contudo, decorrerem estes necessariamente da internação de pacientes.

7. Orientações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal contraditórias.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 951251/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 03/06/2009) – negrito não constante do original.

Tem-se então: identidade de sujeito e posturas contraditórias em relação a uma mesma matéria fática e jurídica. Não há como deixar de enquadrar tal circunstância como atentatória à Teoria dos Atos Próprios.

Como não poderia deixar de ser, diante das polêmicas que envolvem o tema aqui tratado, há posições contrárias à identificação do câmbio de jurisprudência como sendo um ato de *venire contra factum proprium*.

Na doutrina argentina, autor especialista na Teoria dos Atos Próprios, ALEJANDRO BORDA defende a inaplicabilidade da teoria aos atos do Poder Judiciário com base no argumento de que contra os atos incoerentes do Poder Judiciário deve-se utilizar o instrumento recursal adequado, não tendo aplicação a vedação ao *venire*, diante da aplicação residual desta teoria¹⁴⁹:

Tal vez puedan existir decisiones ilícitas, que vulneren normas procesales o sustanciales, pero no advertimos la posibilidad, en principio, de que pueda invocarse la teoría de los actos propios.

¹⁴⁹ BORDA, Alejandro. **La teoría de los actos propios**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 151.

SCHREIBER, em trabalho sobre a proibição de comportamento contraditório, analisa a aplicação do *venire* sob essa perspectiva, também concluindo pela impossibilidade de sua aplicação:

A invocação é válida como argumento político em defesa da uniformidade, mas não configuraria, no direito brasileiro, uma aceitável aplicação do princípio de proibição do comportamento contraditório. Ainda que fosse possível, por força do princípio da unidade da jurisdição, considerar como “atos próprios” de um tribunal inferior as decisões proferidas pelas instâncias sucessivas, **não se poderia invocar uma confiança *legítima* na uniformidade de decisões quando o direito positivo garante a liberdade de convencimento do juiz e, conseqüentemente, a eventual divergência entre decisões judiciais.**

...

Ademais, a exigência de uniformidade apresenta-se, em certa medida, inconveniente, porque cada caso concreto possui aspectos peculiares, que a uniformidade tende a aniquilar. Ao menos no sistema brasileiro, o grau razoável de uniformidade vem assegurado por mecanismos legalmente previstos, como o sistema de recursos aos tribunais superiores ou a própria uniformização de jurisprudência. Nestas hipóteses, a eventual divergência não representa mais violação à legítima confiança e à boa-fé objetiva, mas à previsão normativa específica que no sentido da uniformidade dispõe. Trata-se, assim, de um daqueles casos em que a contradição é expressamente vedada por lei, e em que a invocação do *nemo potest venire contra factum proprium* mostra-se, por isto mesmo, desnecessária.¹⁵⁰ – destaques não constantes do original.

Parece mais acertada a corrente doutrinária que admite a aplicação da teoria aos tribunais que atuam incongruentemente. Nesse sentido, ISÍDORO EISNER reconhece não serem as partes os únicos sujeitos do processo, mas também o juiz da causa. O referido autor cita como exemplo a propositura de uma demanda na qual se pede a citação da parte contrária por meio de carta, tendo em vista a jurisprudência da Corte indicar ser esta a modalidade correta, e o Tribunal, quando do processamento da ação, entende que esta modalidade não pode ser aceita:

¹⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium***, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 248-249.

Después de um meditado examen, nosotros llegamos a La conclusión de que aquella provechosa construcción, jurídica, es también invocable em los supuestos em que es el propio juez o tribunal quien incurre em la contradicción o incongruencia que hasta ahora se há computado para tener por configurado el brocado venire contra factum proprium non valet cuando el obrar reprochable provenía de las partes.¹⁵¹

No mesmo toar, LÓPEZ MESA:

Decididamente no compartimos la opinión de Borda. La primera objeción que puede formularse es que no toma em cuenta la severa restricción recursiva que viene implementándose em el país, desde los tribunales de grado hasta la Corte Suprema; ésta, em cinco líneas puede mandar de camino al cesto el más convincente y mejor fundado de los recursos, como que para ello no requiere expresar motivo alguno. Y lo peor no es que ello sea posible, sino que esa facultad se ejercita efectivamente, o mejor, recurrentemente. Em tales condiciones, dejar para mañana o para que el error lo advierta otro, puede ser suicida.

Además, es doctrina de la SCBA que constituye una cuestión de hecho aplicar a un caso dado la doctrina de los propios actos. (95), lo que sustrae la aplicación del principio de su revisión em casación.

La jurisprudencia ha ido progresivamente receptado la idea de Eisner, con la que coincidimos. Em autos "Taubenfeld c/ Junta Grande", la Cámara Nacional Civil resolvió que "El Tribunal no puede exigir a una de las partes el deber de probar, cuando había declarado la cuestión de puro derecho" (96).

No es ese el único decisorio em tal sentido. Em algunos se ha hecho explícita mención de la doctrina (97) y em otros se la tomado em cuenta, sin mencionarla expresamente.

Creemos que el litigante no debe ser sorprendido, por lo que cuando se presenta un caso em que los institutos tradicionales no permitiesen salvaguardar los derechos de la parte, resulta positiva la aplicación de la doctrina, em especial, porque lo contrario implicaría un relativismo ético incomprensible.¹⁵²

Dessa maneira, discorda-se dos posicionamentos de BORDA e SCHREIBER, ao menos quanto à sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não há vedação às Cortes Superiores para alterarem sua jurisprudência, daí os jurisdicionados não possuírem qualquer meio para obstar os efeitos de um ato contraditório praticado no âmbito desses órgãos. Preocupação idêntica foi expressa por COSSIO sobre a questão dos câmbios na Argentina:

¹⁵¹ EISNER, Isidoro. **La Doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal** in La Ley, tomo 1987-C, Buenos Aires. p. 822.

¹⁵² LÓPEZ MESA, Marcelo J. **De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina de los actos**. Disponível em: <http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez_mesa_actos_propios2.htm> Acesso em: 23.02.2012.

El problema estudiado em este parágrafo (os câmbios de jurisprudência), no se altera porque exista um tribunal de casación o porque La jurisprudência de los tribunales de apelación sea obligatória para los tribunales inferiores – como ocurre ahora em La Argentina -, pues siempre el problema subsistirá para esos tribunales superiores cuando sean ellos mismos los que cambien su jurisprudência, interpretando de outra manera el mismo texto legal.¹⁵³

Ademais, o argumento de que essa aplicação da teoria seria inconveniente, pois cada caso possui aspectos particulares e que a uniformidade jurisprudencial tenderia a aniquilá-los, não pode ser sustentado diante da massificação social presente nos dias atuais e que reflete diretamente no direito com a existência das demandas de massa.

Que cada caso possua seus aspectos particulares isso não se discute, ocorre que essas particularidades muitas das vezes são totalmente irrelevantes para o deslinde da tese jurídica que está em discussão. De maneira que a maioria das teses jurídicas decididas pelos tribunais superiores – talvez a totalidade delas – são aplicáveis a um número indiscriminado de cidadãos.

Também não se pode atestar a afirmativa de que o sistema brasileiro tem assegurando um grau razoável de uniformidade pelos mecanismos neles previstos. A experiência mostra que, infelizmente, a jurisprudência pátria demora mais do que se deseja para adquirir uma uniformidade e, algumas vezes, quando se torna homogênea vem a ser alterada. De todo modo, ainda que assim não fosse, a existência de mais um instrumento com a aplicação da Teoria dos Atos Próprios apenas virá a somar. Daí, porque, não há se falar em argumento político em defesa da uniformidade jurisprudencial, mas, sim, em instrumento jurídico fundado no Princípio da Segurança Jurídica.

¹⁵³ COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. p. 249.

CAPÍTULO VI – OS CÂMBIOS DE INTERPRETAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

VI.1 - Identificando câmbios de interpretação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Para comprovar que os câmbios de jurisprudência nos tribunais superiores brasileiros é um fato constatado, cumpre destacar alguns exemplos de alterações de interpretação que ocorreram no âmbito da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no que pertine à matéria tributária (os câmbios são admitidos nos próprios julgados ou são provados a partir da contraposição dos julgados colacionados):

1. Cobrança de ICMS sobre a venda de bens salvados de sinistros:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – SALVADOS – AGRAVO REGIMENTAL – FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Posição firmada pela 1ª Sessão do STJ (REsp 73.552/RJ) no sentido de que não incide ICMS sobre a venda, feita pela seguradora, de bens salvados de sinistros. Cancelamento da Súmula 152/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 210.160/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 01/10/2008)

2. Extinção do crédito-prêmio do IPI:

CRÉDITO-PRÊMIO. IPI. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. ART. 41, § 1º, DO ADCT. EXTINÇÃO EM 1990. COMPETÊNCIA DO STJ PARA APLICAR DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. FONTES DO DIREITO. DISTINÇÃO ENTRE CAMPO DE APLICAÇÃO MATERIAL E CAMPO DE APLICAÇÃO TEMPORAL DA NORMA JURÍDICA. DISCUSSÃO DA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE MUDANÇA DE POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL PACÍFICA DO STJ. JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR CONSOLIDADA PELA SUBSISTÊNCIA DO BENEFÍCIO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA BOA-FÉ

OBJETIVA E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. SOMBRA DE JURIDICIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO PELO STJ.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto à alegada violação às Leis 8.383/1991 e 9.430/1996 (relativas à compensação tributária), pois o Tribunal a quo deixou de emitir juízo a seu respeito (falta de prequestionamento).

2. Infringe o art. 512 do CPC a manifestação do Tribunal a quo relativa à possibilidade de aproveitamento do crédito-prêmio para abatimento de débitos de terceiros, se o tema não foi objeto de pedido pela autora, em sua inicial e, por isso mesmo, não apreciado pela sentença ou suscitado em Apelação.

3. Ressalvada minha posição quanto a seu eventual término em 1983, é de reconhecer que o crédito-prêmio de IPI, como incentivo fiscal de natureza setorial, foi extinto em 1990, nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT.

...

12. A anterior posição deste Superior Tribunal, consolidada em inúmeros julgados, apontava para a subsistência do benefício fiscal até os dias atuais. Não obstante o posterior reconhecimento, pelo STJ, da revogação, em 1990, do texto legal que deu causa ao benefício, permaneceu no ordenamento, no período que vai de 1990 a 2004 (data da alteração do entendimento jurisprudencial até então pacífico), uma “sombra de juridicidade”, espécie de eco e projeção da jurisprudência do passado, capaz de produzir efeitos jurídicos válidos no presente.

13. As fontes do Direito referidas pelo art. 5º da LICC (lei, costume e princípios gerais do Direito) não são categorias estanques e imunes a combinações complexas, em resposta à igual complexidade dos fenômenos sociais e jurídicos modernos. O crédito-prêmio de IPI, benefício gerado inicialmente por expressa manifestação do legislador ordinário, prossegue no tempo e no espaço, como “sombra” incontrolável (mesmo após a revogação da lei que lhe deu o sopro de vida), por conta de defeito de clareza dos textos legais em questão e de consolidado posicionamento dos Tribunais Superiores no sentido da expectativa do contribuinte.

14. Essa tese não se afasta da premissa de que só à lei cabe instituir benefícios fiscais. A “sombra de juridicidade” não gera, ab ovo, benefícios, nem poderia fazê-lo: apenas estende sua vida útil, com a ajuda do comportamento errático do próprio Estado-legislador e do Estado-juiz.

15. Situação que, in casu, se observa pela conjugação de normas de conteúdo vacilante e expressão cambiante, bem como de jurisprudência reiterada em um dado sentido, que depois vem a ser radicalmente alterada. No instante em que cessa essa iteratividade, automaticamente desaparece a “sombra de juridicidade”, pois o que se tinha por certo passa a ser domínio do incerto.

16. A segunda discussão relevante para o deslinde da questão, que tangencia a análise da “sombra de juridicidade” – mas com ela não se confunde, pois é estranha ao universo das fontes do Direito –, é a possibilidade, no âmbito do STJ, de “modulação temporal” dos efeitos da nova decisão, em face dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima, que regem não só o substractum dos direitos e obrigações (= Direito material), mas igualmente o processo civil empregado na solução de controvérsias no campo obrigacional.

17. Os valores que inspiraram o legislador federal a editar as Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999 (modulação dos efeitos nas ADI), vão além desses estatutos. Se são valores-matriz do universo do ordenamento, necessariamente influem, com ou sem lei que o diga, na aplicação do Direito pelos Tribunais Superiores. Também no STJ, no que concerne às decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando, forte e inesperadamente, expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, de modo a buscar a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima.

18. Precedente do e. STF (RE 197917/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 6.6.2002, DJ 7.5.2004), em que se modularam temporalmente os efeitos da decisão em Recurso Extraordinário, não abarcada expressamente pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999. Recente julgado em que a Suprema Corte fixou o termo inicial para o novel entendimento jurisprudencial em Mandado de Segurança relativo à fidelidade partidária (MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. 4.10.2007).

19. A “sombra de juridicidade” e a necessidade de prosseguimento da modulação temporal deixam de existir em 9.8.2004, data de publicação do acórdão no REsp 591.708/RS, pelo qual a Primeira Turma se afastou da jurisprudência até então consolidada.

20. A expectativa a ser protegida contra a mudança jurisprudencial refere-se exclusivamente às empresas que buscaram provimento judicial e efetivamente aproveitaram o “crédito-prêmio” de sua titularidade originária (excluídas cessões) até 9.8.2004.

21. A Primeira Seção, no entanto, na assentada de 24.10.2007, afastou a tese dos efeitos prospectivos, devolvendo o Recurso à apreciação pela Segunda Turma. Ressalvado meu entendimento quanto à matéria, passo a acompanhar o posicionamento majoritário.

22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 654.446/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJe 11/11/2009)

3. Incidência de ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importados, mediante leasing:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE MEDIANTE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS, EM OBSERVÂNCIA À NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. QUESTÃO SUBMETIDA AO REGIME DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.131.718/SP, submetido ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil, pacificou, a partir da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que o arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS.

2. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp 1143561/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 01/02/2011)

4. Requisitos para a petição inicial da ação de repetição de indébito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. NECESSIDADE DA JUNTADA DE COMPROVANTES DE PAGAMENTO COM A EXORDIAL. DOCUMENTOS ESSENCIAIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. EXISTÊNCIA,

IN CASU. MUDANÇA DE POSIÇÃO DA 1ª SEÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO REPETITÓRIA.

1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que é essencial a comprovação do recolhimento, bem como do valor recolhido indevidamente, para o ajuizamento da ação repetitória de indébito. Se a parte formula, inicialmente, pedido para que lhe seja entregue sentença com força constitutiva ou mandamental, com efeitos tributários (desoneração de recolher tributos, compensação e repetição de indébito), está obrigada a juntar a documentação comprobatória de suas alegações, isto é, dos valores dos tributos recolhidos. Cabe ao autor, portanto, comprovar, por meio de documentos, no ato da propositura da ação de repetição de indébito, o fato constitutivo de seu direito, ou seja, o recolhimento indevido.

Precedentes: REsp nºs 855273/PR, DJ de 12/02/07;

795418/RJ, DJ de 31/08/06; 381164/SC, DJ de 23/05/06; 380461/SC, DJ de 22/03/06; 397364/RS, DJ de 05/08/02; 119475/PR, DJ de 04/09/00; 87227/SP, DJ de 20/09/99; AgReg no REsp nº 402146/SC, DJ de 28/06/04.

2. No entanto, a Primeira Seção, em data de 13/02/2008, ao julgar os EREsp nº 953369/PR, nos quais fui voto-vencido, mudou de posicionamento, passando a adotar a tese defendida pela parte autora. Entendeu-se que, na espécie, tratando-se de obrigação de natureza continuativa, é suficiente para comprovar a sua existência a juntada de um, dois ou três comprovantes de pagamento. Em caso de procedência do pedido, por ocasião da liquidação, a prova do quantum a ser repetido pode ser feita por todos os meios permitidos pelo CPC. Ressalvando o meu ponto de vista, passo a adotar o novo posicionamento da Seção.

3. No caso dos autos, a parte autora comprovou documentalmente a existência das contas de energia elétrica e os respectivos recolhimentos indevidos da exação reclamada, tendo-se como precedente o pleito exordial.

4. Embargos de divergência conhecidos e não-providos.

(EResp 923.616/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 25/04/2008)

5. Correção monetária de demonstrações financeiras:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. ANO-BASE DE 1989. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI Nº 7.730/89. OTN.

1. A FAZENDA NACIONAL interpõe embargos de divergência em face de acórdão proferido pela 2ª Turma que determinou que o índice de correção monetária a ser aplicado às demonstrações financeiras do ano-base de 1989, para fins de apuração da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, deve ser o IPC. Colaciona como paradigma aresto proveniente da 1ª Turma segundo o qual a OTN é que deve ser utilizada como índice de atualização monetária das demonstrações financeiras do ano-base de 1989. Impugnação defendendo a prevalência do aresto embargado.

2. As demonstrações financeiras dos balanços do exercício de 1989 devem ser corrigidas pela OTN, índice de correção monetária fixado pela Lei nº 7.730/89.

3. O entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE nº 261465/MG aplica-se integralmente às demonstrações financeiras dos balanços do período-base de 1989.

4. Mudança de orientação do STJ. Precedentes.

5. Embargos de divergência providos.

(EResp 439.172/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2006, DJ 19/06/2006, p. 89)

6. Manutenção da contribuição para o INCRA:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. LEI N. 8.212/91. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 343/STF.

1. A ação rescisória foi manejada para desconstituir acórdão que entendeu indevida a contribuição para o INCRA, porquanto teria sido revogada pela Lei n. 8.212/91, entendimento este perfilhado pelo STJ à época de sua prolação.

2. A modificação do referido entendimento aconteceu somente a partir de 2006, quando se conclui que a contribuição destinada ao INCRA não foi extinta, nem pela Lei n. 7.787/89, nem pela Lei n. 8.212/91, ainda estando em vigor. Tal entendimento foi exarado com o julgamento proferido pela Primeira Seção, nos EREsp 770.451/SC, Rel. Min. Castro Meira, Sessão de 27.9.2006.

3. Com efeito, a mudança de entendimento adotado no Superior Tribunal de Justiça não pode justificar, somente por este motivo, a impugnação por via da ação rescisória. Isso porque, após o trânsito em julgado, a lei beneficia a segurança jurídica em lugar da justiça. O fato de a matéria ter entendimento pacificado, à época, afasta a possibilidade de violação de "literal disposição de lei", ainda que a jurisprudência posteriormente tenha-se firmada consoante a pretensão da parte.

4. Cumpre reiterar que tanto o STF quanto o STJ firmaram o entendimento de que a questão referente à exigibilidade da contribuição destinada ao INCRA após a edição das Leis 7.787/89 e 8.212/91 é de cunho infraconstitucional. Precedentes: RE 540.304 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 25/3/2010; AI 612.433 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 22/10/2009; REsp 902.349/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3/8/2009; AgRg no REsp 597.069/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/11/2008.

5. Incide, portanto, a Súmula 343 do STF. A título de reforço, precedentes idênticos: AgRg na AR 4.439/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 22.9.2010, DJe 1.10.2010; AgRg na AR 3.509/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.8.2006, DJ 25.9.2006, p. 202).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1244089/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 03/05/2011)

7. Base de cálculo do Imposto de renda Lucro Presumido para os prestadores de serviços hospitalares:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CLÍNICA RADIOLÓGICA. SERVIÇOS HOSPITALARES. DIFERENCIAÇÃO.

1. A clínica médica que explora serviços de radiologia, ultra-sonografia e ressonância magnética, sem internação de paciente para tratamento, não pode ser considerada como entidade hospitalar para os fins previstos no art. 15, § 1º, inciso III, alínea "a", da Lei nº 9.240, de 26.12.1995.

2. Inexistência de dúvida sobre o tipo de serviço prestado pela recorrente.

3. Por entidade hospitalar deve se entender o complexo de atividades exercidas pela pessoa jurídica que proporcione internamento do

paciente para tratamento de saúde, com a oferta de todos os processos exigidos para prestação de tais serviços ou do especializado.

4. Impossibilidade de se interpretar extensivamente legislação tributária que concede benefício fiscal.

5. Recurso especial não-provido.

(REsp 832.906/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/11/2006, DJ 27/11/2006, p. 244)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO PRESUMIDO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. BASE DE CÁLCULO. ARTS. 15, § 1º, III, "A", E 20 DA LEI Nº 9.249/95. SERVIÇO HOSPITALAR. INTERNAÇÃO. NÃO-OBIGATORIEDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA. FINALIDADE EXTRAFISCAL DA TRIBUTAÇÃO. POSICIONAMENTO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO DA UNIÃO. CONTRADIÇÃO. NÃO-PROVIMENTO.

1. O art. 15, § 1º, III, "a", da Lei nº 9.249/95 explicitamente concede o benefício fiscal de forma objetiva, com foco nos serviços que são prestados, e não no contribuinte que os executa. Observação de que o Acórdão recorrido é anterior ao advento da Lei nº 11.727/2008.

2. Independentemente da forma de interpretação aplicada, ao intérprete não é dado alterar a mens legis. Assim, a pretexto de adotar uma interpretação restritiva do dispositivo legal, não se pode alterar sua natureza para transmutar o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo.

3. A redução do tributo, nos termos da lei, não teve em conta os custos arcados pelo contribuinte, mas, sim, a natureza do serviço, essencial à população por estar ligado à garantia do direito fundamental à saúde, nos termos do art. 6º da Constituição Federal.

4. Qualquer imposto, direto ou indireto, pode, em maior ou menor grau, ser utilizado para atingir fim que não se resume à arrecadação de recursos para o cofre do Estado. Ainda que o Imposto de Renda se caracterize como um tributo direto, com objetivo preponderantemente fiscal, pode o legislador dele se utilizar para a obtenção de uma finalidade extrafiscal.

5. Deve-se entender como "serviços hospitalares" aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos.

6. Duas situações convergem para a concessão do benefício: a prestação de serviços hospitalares e que esta seja realizada por instituição que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados do simples atendimento médico, sem, contudo, decorrerem estes necessariamente da internação de pacientes.

7. Orientações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal contraditórias.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 951.251/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 03/06/2009)

8. Prazo para pleitear restituição de indébito de tributos declarados inconstitucionais pelo STF:

TRIBUTÁRIO - PIS - INCONSTITUCIONALIDADE - DECRETOS-LEIS Nºs. 2.445 E 2.449, AMBOS DE 1988 - DECLARAÇÃO INCIDENTAL - (RE

148.754/RJ) - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - PUBLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO SENADO Nº 49/95 (DOU 10.10.95) - PRECEDENTES.

- **O prazo prescricional quinquenal das ações de repetição/compensação do PIS flui a partir da data de publicação da Resolução do Senado nº 45/95, que suspendeu a execução dos Decretos-leis nºs. 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF em controle difuso.**

- No caso dos autos, tendo em vista a data do ajuizamento da ação (12.01.00), considero não consumado o prazo prescricional.

- Embargos de divergência conhecidos e providos para afastar a prescrição. (REsp 423.994/MG, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2003, DJ 05/04/2004, p. 194)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 7.787/89. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. PRECEDENTES.

1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

3. A ação foi ajuizada em 16/12/1999. Valores recolhidos, a título da exação discutida, em 09/1989. Transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 12/1989) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

4. Precedentes desta Corte Superior.

5. Embargos de divergência rejeitados, nos termos do voto.

(REsp 435835/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2004, DJ 04/06/2007, p. 287)

9. Denúncia espontânea e pagamento parcelado:

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PARCELAMENTO - EXCLUSÃO - RESPONSABILIDADE.

Não havendo procedimento administrativo em curso contra o contribuinte pelo não recolhimento do tributo, deferido pedido de parcelamento, está configurada a denúncia espontânea, que exclui a responsabilidade do contribuinte pela infração.

Embargos acolhidos.

(REsp 193.530/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 06/12/1999, DJ 28/02/2000, p. 34)

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.

1. O instituto da denúncia espontânea (art. 138 do CTN) não se aplica nos casos de parcelamento de débito tributário.

2. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1102577/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009)

10. Configuração de fraude à execução fiscal e terceiro de boa-fé

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. **FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185 DO CTN. VEÍCULO ALIENADO SEIS ANOS ANTES DO REGISTRO DA PENHORA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ.** SÚMULA 375/STJ.

1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente" (Súmula 375/STJ).

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1200683/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 02/02/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. IRRELEVÂNCIA DA AUSÊNCIA DE PENHORA GRAVADA NO REGISTRO DE IMÓVEIS E DA BOA-FÉ DO TERCEIRO. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 1.141.990/PR). MULTA POR AGRAVO REGIMENTAL MANIFESTAMENTE INFUNDADO. ARTIGO 557, § 2º, DO CPC. APLICAÇÃO.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (lex specialis derogat lex generalis), por isso que a Súmula 375/STJ ("O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhorado bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.") não se aplica às execuções fiscais (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1141990/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 10.11.2010, DJe 19.11.2010).

2. Com efeito, o artigo 185, do CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução."

3. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do Codex Tributário, passou a ostentar o seguinte teor: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo,

por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."

4. Consectariamente, antes da entrada em vigor da LC 118/2005 (09.06.2005), a alienação efetivada após a citação válida do devedor configurava presumida fraude à execução; ao passo que, a partir da vigência da LC 118/2005 (09.06.2005), presumem-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se in re ipsa, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o concilium fraudis. (Luiz Fux, in "O Novo Processo de Execução: O Cumprimento da Sentença e A Execução Extrajudicial", 1ª ed., 2008, Ed. Forense, Rio de Janeiro, págs. 95/96; Cândido Rangel Dinamarco, in "Execução Civil", 7ª ed, 2000, Ed. Malheiros, São Paulo, págs. 278/282; Hugo de Brito Machado, in "Curso de Direito Tributário", 22ª ed., 2003, Ed. Malheiros, São Paulo, págs. 210/211; Luciano Amaro, in "Direito Tributário Brasileiro", 11ª ed., 2005, Ed. Saraiva, São Paulo, págs.

472/473; e Aliomar Baleeiro, in "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., 1996, Ed. Forense, Rio de Janeiro, pág. 604).

7. Outrossim, a inaplicação do artigo 185, do CTN, implica em violação da cláusula de reserva de plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

8. Conclusivamente: (i) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gere presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil);

(ii) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (iii) a fraude de execução prevista no artigo 185, do CTN, encerra presunção jure et de jure, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; e (iv) a inaplicação do artigo 185, do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante 10/STF.

9. In casu, cuida-se de alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC 118/2005 (09.06.2005), razão pela qual se presume a fraude à execução fiscal, uma vez devidamente citada a devedora em 14.05.2002.

...

12. Agravo regimental desprovido, condenando-se a agravante ao pagamento de 1% (um por cento) a título de multa pela interposição de recurso manifestamente infundado (artigo 557, § 2º, do CPC).

(AgRg no REsp 1065799/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 28/02/2011)

11. Creditamento de IPI na saída de produtos isentos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO DO IPI. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. AQUISIÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA, PRODUTO INTERMEDIÁRIO E MATERIAL DE EMBALAGEM DESTINADOS À INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS ISENTOS OU SUJEITOS AO REGIME DE ALÍQUOTA ZERO. LEI 9.779/99. **NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

1. O direito ao crédito de IPI, fundado no princípio da não-cumulatividade, decorrente da aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem utilizados na fabricação de produtos isentos ou sujeitos ao regime de alíquota zero, exsurtiu apenas com a vigência da Lei 9.779/99, cujo artigo 11 estabeleceu que:

"Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda."

2. "A ficção jurídica prevista no artigo 11, da Lei nº 9.779/99, não alcança situação reveladora de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI que a antecedeu" (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 562.980/SC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06.05.2009, DJe-167 DIVULG 03.09.2009 PUBLIC 04.09.2009; e RE 460.785/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06.05.2009, DJe-171 DIVULG 10.09.2009 PUBLIC 11.09.2009).

3. In casu, cuida-se de estabelecimento industrial que pretende o reconhecimento de direito de aproveitamento de créditos de IPI decorrentes da aquisição de matéria-prima, material de embalagem e insumos destinados à industrialização de produto sujeito à alíquota zero, apurados no período de janeiro de 1995 a dezembro de 1998, razão pela qual merece reforma o acórdão regional que deferiu o creditamento.

4. Recurso especial da Fazenda Nacional parcialmente provido, restando prejudicadas as pretensões recursais encartadas nas aduzidas violações dos artigos 166 e 170-A, do CTN. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 860.369/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

12. Exigência de depósito prévio para interposição de recurso

administrativo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. GARANTIA DA AMPLA DEFESA. DIREITO DE PETIÇÃO INDEPENDENTEMENTE DO PAGAMENTO DE TAXAS. **NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

1. O depósito prévio ao recurso administrativo, para a discussão de crédito previdenciário, ante o flagrante desrespeito à garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CF/88) e ao direito de petição

independentemente do pagamento de taxas (artigo 5º, XXXIV, "a", da CF/88) é inexigível, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária ocorrida em 28.03.2007, nos autos do Recurso Extraordinário 389.383-1/SP, na qual declarou, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1.º e 2.º, do artigo 126, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória 1.608-14/98, convertida na Lei 9.639/98 2. O artigo 481, do Codex Processual, no seu parágrafo único, por influxo do princípio da economia processual, determina que "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário, do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

3. Consectariamente, impõe-se a submissão desta Corte ao julgado proferido pelo plenário do STF que proclamou a inconstitucionalidade da norma jurídica em tela, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Common Law e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso sub examine.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 894.060/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/11/2008)

13. Isenção de Bacalhau importado de país signatário do GATT:

O BACALHAU IMPORTADO DE PAIS SIGNATARIO DO GATT E ISENTO DO ICM.

(Súmula 71, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 15/12/1992, DJ 04/02/1993 p. 775)

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. BACALHAU IMPORTADO DE PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 871.760/BA, representativo de controvérsia, da relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no DJe de 30 de março de 2009, firmou entendimento de que a expiração do Convênio nº 60/91, em 30 de abril de 1999, colocou termo à possibilidade dos Estados concederem isenção de ICMS às negociações com pescado, impossibilitando a extensão desse benefício às mercadorias similares oriundas de países signatários do GATT.

2. Agravo regimental improvido.

(RCDESP nos EAg 894.778/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 26/05/2010)

14. Isenção de COFINS para sociedades civis de profissões regulamentadas:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - TRIBUTÁRIO - COFINS - SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS - ISENÇÃO RECONHECIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 71/91 (ART. 60, II) - REVOGAÇÃO PELA LEI ORDINÁRIA N. 9.430/96 - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA N. 276.

Permitir-se que uma fonte formal de menor bitola possa revogar a dispensa do pagamento da COFINS, conferida por lei complementar, resulta em desconsiderar a potencialidade hierarquicamente superior da lei complementar frente à lei ordinária. Nessa linha de raciocínio, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ancorado no magistério dos mestres Miguel Reale e Pontes de Miranda, elucida que "é princípio geral de direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma" (cf.

"Curso de Direito Constitucional", 18a ed., Ed. Saraiva, p. 184).

"As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado" (Súmula n. 276/STJ).

Embargos de declaração acolhidos.

(EREsp 354.012/SC, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2003, DJ 15/03/2004, p. 147)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. COFINS. SOCIEDADES PRESTADORAS DE SERVIÇOS. SÚMULA 276/STJ. CANCELAMENTO. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO CONCEDIDA PELA LC 70/1991. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. A Súmula 276/STJ foi cancelada pela Primeira Seção em 12.11.2008, por ocasião do julgamento da AR 3.761/PR.

2. Não se aplica a Súmula 343/STF às ações que versem sobre revogação da isenção da Cofins, tendo em vista a natureza constitucional da matéria discutida.

3. É legítimo revogar o benefício fiscal contido na Lei Complementar 70/1991 perpetrada pelo art. 56 da Lei 9.430/1996. Precedentes do STJ e do STF.

4. Ação Rescisória julgada procedente.

(AR 3.742/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJe 02/08/2011)

15. Regra de transição para a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/2005:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1002932/SP, JULGADO EM 25/11/09, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. SÚMULA 07 DO STJ.

1. A incidência do imposto de renda tem como fato gerador o acréscimo patrimonial, sendo, por isso, imperioso perscrutar a natureza jurídica da verba paga pela empresa sob o designativo de auxílio condução, a fim de verificar se há efetivamente a criação de riqueza nova: a) se indenizatória, que, via de regra, não retrata hipótese de incidência da exação; ou b) se remuneratória, ensejando a tributação. Isto porque a tributação ocorre sobre signos presuntivos de capacidade econômica, sendo a obtenção de renda e proventos de qualquer natureza um deles.

2. O auxílio condução consubstancia compensação pelo desgaste do patrimônio dos servidores, que utilizam-se de veículos próprios para o

exercício da sua atividade profissional, inexistindo acréscimo patrimonial, mas uma mera recomposição ao estado anterior sem o incremento líquido necessário à qualificação de renda. (Precedentes: REsp 825.845/RS, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 02/05/2008; REsp 825.907/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 12/05/2008; REsp 639.635/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJe 30/09/2008; REsp 731883 / RS , 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 03/04/2006; REsp 852572 / RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 15/09/2006; REsp 840634 / RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 01/09/2006; REsp 851677 / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ25/09/2006)

3. O princípio da irretroatividade gera a aplicação da LC 118/2005 aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas após a mesma, tendo em vista que a referida norma pertine à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação.

4. **A Primeira Seção, quando do julgamento do Resp 1002932/SP, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que "O advento da LC 118/05 e suas consequências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova."** (RESP 1002932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25/11/2009)

5. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

6. In casu, insurge-se a parte autora contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que os recolhimentos indevidos foram efetuados anteriormente à vigência da referida Lei Complementar, consoante deduziu-se das decisões prolatadas nas instâncias ordinárias, por isso que a tese é a consagração dos 5 anos de decadência da homologação acrescido dos 5 anos de prescrição. A ação foi ajuizada em 09/06/2005, ressoando inequívoca a inocorrência da prescrição relativamente às parcelas posteriores a 09/06/1995.

7. O reexame dos critérios fáticos, sopesados de forma equitativa e levados em consideração para fixar os honorários advocatícios, nos termos das disposições dos parágrafos 3º e 4º do artigo 20, do CPC, em princípio, é inviável em sede de recurso especial, nos termos da jurisprudência dominante desta Corte. Isto porque a discussão acerca do quantum da verba honorária encontra-se no contexto fático-probatório dos autos, o que obsta o revolvimento do valor arbitrado nas instâncias ordinárias por este Superior Tribunal de Justiça. (Precedentes: REsp 638.974/SC, DJ 15.04.2008; AgRg no REsp 941.933/SP, DJ 31.03.2008 ; REsp 690.564/BA, DJ 30.05.2007).

8. Recurso especial da União Federal desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

9. Recurso especial da parte autora parcialmente conhecido e, nesta parte provido, tão-somente para determinar a aplicação da prescrição decenal, nos termos da fundamentação expandida.

(REsp 1096288/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 08/02/2010)

Apesar de a decisão *supra* ter sido proferido em sede de recurso repetitivo, ambas as turmas da 1ª Seção mudaram de entendimento quanto à aplicação da regra de transição após o julgamento, pelo STF, do RE 566621:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PIS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 4º DA LC 118/2005. RE N. 566.621/RS. REPERCUSSÃO GERAL. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. AÇÕES AJUIZADAS APÓS A VIGÊNCIA DA LC N. 118/2005. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando a decisão padece de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535 do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. Os embargos aclaratórios não se prestam a adaptar o entendimento do acórdão embargado à posterior mudança jurisprudencial. Excepciona-se essa regra na hipótese do julgamento de recursos submetidos ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, haja vista o escopo desses precedentes objetivos, concernentes à uniformização na interpretação da legislação federal. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1.167.079/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4/3/2011; EDcl na AR 3.701/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011; e EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790.318/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25/5/2010.

3. Pelas mesmas razões, estende-se esse entendimento aos processos julgados sob o regime do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a repercussão geral da matéria no RE 566.621/RS, proclamou que o prazo prescricional de cinco anos, previsto na Lei Complementar n. 118/2005, somente se aplica às ações ajuizadas após 9/6/2005.

5. Na espécie, a ação de repetição de indébito foi ajuizada em 13/11/2008, data posterior à vigência da LC n. 118/2005, sendo aplicável, portanto, o prazo prescricional de cinco anos.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para reconhecer a prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio do ajuizamento da ação.

(EDcl no AgRg no REsp 1240906/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 07/12/2011)

16. Ilegitimidade do contribuinte de fato para pleitear restituição de

indébito tributário:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR FINAL. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. Embargos de divergência pelos quais a contribuinte busca a solução do alegado dissenso jurisprudencial interno acerca da (i) legitimidade ativa do consumidor final para questionar a incidência do ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica contratada e não consumida, bem como para pleitear sua restituição.

2. Aplica-se aos casos em que se discute a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de potência elétrica a orientação fixada por esta Corte, por ocasião do julgamento REsp n. 903.394/AL sob o rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa ad causam para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos.

3. Na hipótese específica do ICMS incidente sobre a energia e potência elétrica, as Turmas que compõem a Primeira Seção afastaram o entendimento de que o consumidor final poderia ser considerado como contribuinte de direito nas operações internas, tendo em vista o disposto no artigo 4º, caput, da LC 87/1996, segundo o qual são contribuintes, nas operações internas com energia elétrica, aqueles que a fornecem.

4. Assim, consolidou-se a orientação de que o consumidor final do serviço de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado. Precedentes.

5. Embargos de divergência não providos. (REsp 1192624/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2011, DJe 17/06/2011)

Em relação à última questão acima – ilegitimidade do contribuinte de fato – é de se destacar que a virada da jurisprudência foi consolidada em um julgamento submetido ao regime do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos) e, mesmo assim, a questão voltou a ser discutida apenas 1 ano e 6 meses após o julgamento do recurso representativo da controvérsia quando os Ministros da 1ª Seção já apontaram para uma nova mudança jurisprudencial (a mudança da mudança):

STJ analisa restituição de tributos

Autor(es): Por Máira Magro | De Brasília

Valor Econômico - 15/09/2011

Num julgamento que pode afetar milhões de contribuintes do país, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) começou a analisar, na tarde de ontem, quem tem o direito de entrar na Justiça para discutir a incidência de tributos, além de pedir a restituição de valores já pagos. Embora o julgamento tenha sido interrompido após um voto, três ministros manifestaram a intenção de rediscutir o posicionamento atual da Corte.

O caso em discussão é um recurso da construtora F. Rozental, do Rio de Janeiro, que questiona a cobrança de um adicional de 5% do ICMS destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza - que elevou a alíquota do imposto para 30%. A construtora pede para deixar de pagar o adicional, e que o Estado devolva os valores já recolhidos. Mas, antes, terá que defender o direito de fazer esse questionamento na Justiça.

Em 2010, ao julgar um caso envolvendo o IPI pago por distribuidoras de cerveja, a 1ª Seção do STJ concluiu que somente o "contribuinte de direito" - aquele responsável por fazer o recolhimento de tributos ao Fisco - pode pedir a devolução de tributos pagos indevidamente. Por exemplo: nas contas de luz, é o consumidor final que arca com os custos do ICMS. Mas são as distribuidoras de energia que repassam os valores ao Fisco - são

elas, portanto, os contribuintes de direito, que estabelecem a relação jurídica com o órgão arrecadador.

Nesse exemplo, segundo a jurisprudência atual do STJ, apenas as distribuidoras podem entrar na Justiça pedindo a restituição do imposto. Embora seja o consumidor final que arque efetivamente com os custos, ele é impedido de mover ações pedindo a devolução. Como o precedente de 2010 foi tomado pelo sistema do recurso repetitivo, a tese deve ser replicada em todos os casos semelhantes.

Mas, ao analisar o recurso da construtora F. Rozental, o ministro Teori Albino Zavascki, relator do caso, sugeriu uma nova discussão sobre o tema. Ele afirmou que, embora o precedente de 2010 tratasse somente da devolução de impostos, as turmas do STJ vêm aplicando o mesmo entendimento para a discussão de tributos de maneira geral. Ou seja, o consumidor final não teria o direito nem de entrar com ações para questionar tributos já pagos, nem para deixar de recolher. 'Ocorre que as turmas passaram a negar a legitimidade do contribuinte de fato não só quanto à repetição (pedido de devolução), mas também quanto à incidência do tributo', afirmou.

O ministro manifestou 'reservas' quanto ao precedente que impediu os contribuintes de fato de pedir a devolução de impostos. Mas ponderou que, como o assunto foi objeto de decisão por meio de um recurso repetitivo, há cerca de um ano, evitaria colocá-lo novamente em discussão. Por isso, em seu voto, Zavascki optou por uma posição intermediária: defendeu que a construtora tem legitimidade para discutir somente os tributos a serem pagos - mas não para pedir a devolução do que já foi recolhido. O julgamento foi interrompido por um pedido de vista do ministro Mauro Campbell Marques.

Mas antes que a discussão terminasse, dois ministros sugeriram uma reavaliação completa da matéria - envolvendo também a possibilidade do consumidor final pedir a devolução. 'A 1ª Seção manifestou um posicionamento por 20 anos e não teve nenhum constrangimento de alterar seu entendimento, de uma hora pra outra', afirmou o ministro Cesar Asfor Rocha, em referência ao precedente do ano passado, durante o qual não estava presente, pois ainda não integrava a 1ª Seção. "Eu não tenho nenhum constrangimento em reapreciar essa questão." O ministro opinou que, pelo entendimento atual da Corte, as empresas não teriam motivos para entrar com ações nesses casos, pois não arcam com o ônus do imposto e prefeririam evitar o "desgaste político" de mover processos contra o Fisco.

O ministro Napoleão Maia Filho reforçou a sugestão, sustentando que o artigo 166 do Código Tributário Nacional (que trata da restituição de tributos) não impede o contribuinte de fato de entrar com ações pedindo a devolução. 'E, se impedisse, seria inconstitucional, pois o acesso ao Judiciário é assegurado', afirmou.¹⁵⁴

Os julgados acima comprovam que os câmbios de jurisprudência representam uma realidade do sistema brasileiro. Essa constatação evidencia um abalo à segurança jurídica que ultrapassa as questões judiciais, atingindo e influenciando nos custos das transações comerciais, dos litígios e da economia em geral, como já assinalado anteriormente.

¹⁵⁴ Jomal Valor Econômico edição de 15.09.2011. Refere-se ao processo: RMS 29475/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, ainda pendente de julgamento definitivo.

Nos exemplos acima, 16 casos, as decisões que implicara virada de jurisprudência foram proferidas no período de 2006 a 2011 – cinco anos - o que representa uma média superior a 3 mudanças a cada ano, isso no que se refere há apenas um órgão do STJ, a 1ª Seção, e apenas em relação ao direito tributário.

Outro dado importante que fica evidenciado nos julgados acima é o fato de que, em matéria tributária, muitos dos câmbios de jurisprudência realizados pelo Superior Tribunal de Justiça se dá em razão de decisões proferidas pela Corte Constitucional, tal fato justifica-se diante da grande quantidade de dispositivos constitucionais referentes ao direito tributário o que possibilita que quase toda decisão tributária proferida pelo STJ possa vir a ser alterada pelo STF. Essa questão já foi reconhecida pelo Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça José Delgado como uma consequência da estrutura do Poder Judiciário instituída pela atual Constituição da República de 1988:

Antes da Constituição de 1988, o Supremo era quem decidia matérias de litígios tributários - constitucionais e infraconstitucionais. Se nós fizermos uma avaliação deste período, o fenômeno da instabilidade jurisprudencial não era muito presente. Depois da Constituição de 1988 o direito tributário passou a ser analisado por dois tribunais superiores: o Supremo, toda vez que o direito tributário envolvia interpretação e aplicação da Constituição, e o STJ, toda vez que o direito tributário envolvia interpretação infraconstitucional. Surgiu o que estamos chamando de zona cinzenta no direito tributário: muitas questões, na aparência, são de direito infraconstitucional, mas na essência são de direito constitucional.¹⁵⁵

Preocupante conclusão que também pode ser extraída dos precedentes acima é a total ausência de uma decisão que, apesar de alterar o entendimento até então vigente, preocupe-se em proteger aquele jurisdicionado que possui uma legítima expectativa com base na interpretação que vem a ser cambiada.

¹⁵⁵ Disponível em: <<http://yrioregis.blogspot.com/2007/12/jos-delgado-critica-insegurana-juridica.html>> Acesso em 09.02.12

VI.2 – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à segurança jurídica frente os câmbios de jurisprudência

Analisando a questão da segurança jurídica frente aos câmbios de jurisprudência, verifica-se que o STF apenas timidamente efetiva medidas que visam à proteção dos jurisdicionados que pautaram seu comportamento com base em uma determinada orientação jurisprudencial, entendendo, na maioria dos casos, pela inaplicabilidade na modulação temporal dos efeitos da decisão quando se trata de mudança na jurisprudência. Seguem alguns exemplos de como o tema tem sido apreciado pela Suprema Corte.

Em agosto de 1999, ao cancelar o verbete da Súmula 394, o STF decidiu por aplicar seu novo entendimento apenas para o futuro, deixando válidos todos os atos praticados com base no enunciado, mesmo reconhecendo que o mesmo não era compatível com a CF/88:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, "b", estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar "os membros do Congresso Nacional", nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, "b" e "c"). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro

visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. **Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou.** (Inq 687 QO, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/1999, DJ 09-11-2001 PP-00044 EMENT VOL-02051-02 PP-00217 RTJ VOL-00179-03 PP-00912)

Em junho de 2005, analisando a questão da competência para julgamento de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho em face das novas regras introduzidas pela EC 45/04, o STF decidiu pela modulação temporal nos casos de revisão de jurisprudência:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária -- haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa --, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em

julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. **5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.** 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho. (CC 7204, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2005, DJ 09-12-2005 PP-00005 EMENT VOL-02217-2 PP-00303 RDECTRAB v. 12, n. 139, 2006, p. 165-188 RB v. 17, n. 502, 2005, p. 19-21 RDDP n. 36, 2006, p. 143-153 RNDJ v. 6, n. 75, 2006, p. 47-58)

Em junho de 2007, decidindo pela impossibilidade de creditamento de IPI na aquisição de insumos não tributados, o STF julgou:

IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO - EFICÁCIA. **Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.** (RE 353657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-03 PP-00502 RTJ VOL-00205-02 PP-00807)

Nesse caso o Supremo Tribunal entendeu que a modulação só seria possível quando houvesse declaração de inconstitucionalidade da norma e não mudança de interpretação desta. Curiosamente, nesse caso, o STF se valeu do Princípio da Segurança Jurídica para afastar a modulação dos efeitos da decisão. O relator, Min. Marco Aurélio, entendeu que a modulação não poderia ser aplicada em

processos subjetivos e que só teria lugar quando a decisão fosse constitutiva negativa, ou seja, declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

No mesmo julgamento o STF entendeu que no caso (creditamento de IPI na aquisição de insumos) apenas estaria havendo uma reversão de precedentes – os proferidos nos RE's 350.446-1/PR, 353668-1/PR, 357.277-6 e 358.493-6 – de maneira que não estaria havendo uma virada de jurisprudência hábil a proteger as expectativas dos contribuintes. Na mesma oportunidade a Corte Suprema afirmou que para restar configurada a legítima expectativa do jurisdicionado apta de ser protegida seria necessária a existência de uma coisa julgada a seu favor e a interpretação que estava sendo reformada não havia transitado em julgado em qualquer dos processos onde foi aplicada, pois os processos estavam pendente de embargos de declaração.

Passados apenas quatro meses, **em outubro de 2007**, o Supremo Tribunal, analisando a questão referente à filiação partidária e perda do mandato, decidiu, em sede de mandado de segurança, pela possibilidade de a Corte Constitucional fixar um marco temporal a partir do qual a orientação jurisprudencial passa a ser aplicável e entendeu que a troca de partido realizado por parlamentar seria inadmissível, entretanto, os efeitos do reconhecimento dessa inconstitucionalidade não foram retroativos ao advento da Carta de 1988, sendo fixado como marco inicial o dia 27.03.2007, data em que o TSE respondeu à consulta formulada indicando que a infidelidade partidária poderia acarretar a vacância do cargo:

...INFIDELIDADE PARTIDÁRIA - CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL - HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO - POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO

MANDATO LEGISLATIVO - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" (CF, ART. 5º, INCISOS LIV E LV) - APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3º A 7º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO - MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQÜÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. -

...

REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. - 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. Doutrina. Precedentes. - A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida.

...

(MS 26603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318)

Em setembro de 2008, decidindo sobre a revogação de isenção concedida em lei complementar para sociedades civis prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada por meio de lei ordinária, a Corte Constitucional julgou:

Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas negado provimento. (RE 377457, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-08 PP-01774)

Interessantes os debates foram travados no julgamento do precedente *supra* restando vencida a tese da aplicação da modulação temporal ao argumento de que, apesar de existir súmula do STJ reconhecendo o direito à isenção, no âmbito do STF a questão referente à revogação da lei complementar por lei ordinária já estava assentada, de modo que não estaria havendo mudança na jurisprudência da Corte Constitucional.

Em agosto de 2011, declarando a inconstitucionalidade do depósito prévio previsto no art. 636, § 1º, da CLT, o STF decidiu:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. § 1º DO ART. 636 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO: NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 1. Incompatibilidade da exigência de depósito prévio do valor correspondente à multa como condição de admissibilidade de recurso administrativo interposto junto à autoridade trabalhista (§ 1º do art. 636, da Consolidação das Leis do Trabalho) com a Constituição de 1988. Inobservância das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV); do princípio da isonomia (art. 5º, caput); do direito de petição (art. 5º, inc. XXXIV, alínea a). Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal: Recursos Extraordinários 389.383/SP, 388.359/PE, 390.513/SP e Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976/DF. Súmula Vinculante n. 21. 2. Ação julgada procedente para declarar a não recepção do § 1º do art. 636 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição da República de 1988. (ADPF 156, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em

18/08/2011, DJe-208 DIVULG 27-10-2011 PUBLIC 28-10-2011 EMENT VOL-02617-01 PP-00001)

Nos debates travados no julgamento deste último precedente, foi suscitada a questão da aplicação da modulação temporal para declarar a inconstitucionalidade do art. 636, § 1º, da CLT tendo em vista que o referido dispositivo teve aplicação durante décadas. Prevaleceu o entendimento de que, por já existir uma Súmula Vinculante (SV 21) sobre o tema, não seria o caso de aplicar a modulação. Assim, tem-se a conclusão de que para estabelecer ou revogar uma súmula vinculante seria possível a modulação dos seus efeitos (art. 4º da Lei 11.417/2006), mas para determinar sua aplicação em um determinado caso em que se declara a inconstitucionalidade de uma norma, não foi possível a modulação.

A conclusão que pode ser extraída dos precedentes *supra* é que inexistente um padrão adotado pelo STF no que concerne à proteção dos jurisdicionados quanto às mudanças de jurisprudência. Ainda que se constate que essa preocupação surge nos debates quando dos julgamentos que envolvem câmbios de interpretação, nem sempre é efetivada uma medida nesse sentido.

Entende-se que isso se deve, em grande parte, à ausência de um instituto processual previsto e regulamentado no direito positivo que assegure ao cidadão um direito de provocar o judiciário e obter uma proteção quando presente uma legítima expectativa sua em relação a uma orientação jurisprudencial até então vigente.

CAPÍTULO VII – DA PROTEÇÃO DO JURISDICIONADO CONTRA O VCFP DO PODER JUDICIÁRIO

VII.1 Dos instrumentos processuais existentes no ordenamento brasileiro para impedir ou evitar os efeitos surpresantes de um câmbio de jurisprudência

Caracterizado como um ato atentatório à Teoria dos Atos Próprios, o câmbio de jurisprudência levado a efeito por uma Corte Superior contra o qual não haja recurso processual cabível, cumpre avançar para buscar uma solução que proteja os jurisdicionados que confiaram na interpretação judicial que vier a ser alterada.

Olhando para o ordenamento jurídico brasileiro, identificam-se alguns instrumentos processuais que, de certa forma, prestar-se-iam a impedir ou evitar os efeitos negativos da mudança de jurisprudência. Nada obstante, como se verá ao final deste capítulo, nenhum desses meios atualmente positivados na legislação pátria representa uma verdadeira garantia aos cidadãos.

A reclamação, como instrumento de garantia da autoridade das decisões dos Tribunais, serve para impedir desvios de condutas tanto dos demais órgãos do Poder Judiciário quanto dos órgãos da Administração. Dispõem os arts. 13 e ss. da Lei 8.038/90:

CAPÍTULOII

Reclamação

Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único - A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 14 - Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 15 - Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 16 - O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 17 - Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 18 - O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Assim, constatando-se que, apesar de prolatada a decisão, poderia ela vir a ser desrespeitada, a reclamação representa uma proteção ao jurisdicionado quando vier a ser surpreendido por posturas que contrariem suas legítimas expectativas fundamentadas em uma decisão vinculante que vem a ser contrariada. Nada obstante, tal instrumento processual não pode ser utilizado contra o próprio órgão prolator da decisão que decide por alterar seu entendimento, bem como tem sua utilização restrita às decisões de caráter vinculante. Daí, nos moldes em que está positivada, não representa uma garantia contra o câmbio de jurisprudência.

As técnicas de declaração da inconstitucionalidade por si sós já representam instrumentos de garantia à segurança jurídica. A técnica denominada de “apelo ao legislador”, na qual a Corte, ainda que assinale a inconstitucionalidade da norma, deixa de decretá-la diante de situações fáticas que impedem a operacionalização da decisão, ou que tragam danos maiores do que os verificados com a manutenção da norma, é um exemplo dessa circunstância. Foi o que ocorreu na decisão do Supremo que manteve o prazo em dobro para a Defensoria Pública até que sua estruturação alcance o mesmo nível do Ministério Público (HC 70.514), ou seja, manteve a aplicação da norma, mas já assinalou acerca da futura declaração de inconstitucionalidade, afastando posterior alegação de decisão surpreendente.

O instituto da **repercussão geral** também se apresenta como uma garantia à previsibilidade das decisões da Corte Suprema, uma vez que a interpretação proferida no julgamento do recurso que teve repercussão reconhecida deve ser igualmente aplicada a todos os processos que retratem a mesma situação.

Nada obstante essa proteção trazida pela repercussão geral, o instituto também pode trazer um ônus à previsibilidade das decisões judiciais em relação àqueles processos nos quais essa seja rejeitada, uma vez que se estará diante de uma matéria constitucional, mas que não poderá ser apreciada pelo Supremo Tribunal e, nesse caso, poderá haver uma falta de uniformização da jurisprudência sobre essas questões. Além do mais, o fato de o STF julgar um processo que teve repercussão geral reconhecida não impede que o próprio tribunal mude sua interpretação posteriormente.

Outro importante instrumento de uniformização da jurisprudência firmada na jurisdição brasileira é **o art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**, o qual, aplicando a mesma sistemática prevista no Código de Processo Civil para a análise da repercussão geral do recurso extraordinário, preceitua:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Assim, recursos repetitivos poderão ter um julgamento único no âmbito do Supremo Tribunal, impedindo que sejam proferidas decisões díspares.

A eficácia erga omnes e o efeito vinculante conferidos a algumas das decisões proferidas na jurisdição brasileira, por si só, também representam instrumentos de concretização da segurança jurídica. Porém, como a Corte Suprema não está vinculada às suas próprias decisões, surge a questão de proteger aqueles que tenham legítima expectativa gerada por pronunciamentos pretéritos do STF que venham a ser alteradas pelo próprio tribunal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a regra contida no art. **543-C do CPC**, que garante a prolação de decisão única para processos que possuem idêntico fundamento, garantindo não apenas celeridade nos julgamentos, mas, principalmente, uniformidade jurisprudencial.

Também o instrumento previsto no **art. 476 do CPC**, o incidente de uniformização de jurisprudência, deveria ser um importante instrumento processual contra a edição de decisões contraditórias, nada obstante, infelizmente, o entendimento pretoriano tem-se orientado no sentido de afirmar que a utilização do incidente seria ato discricionário do órgão julgador (Resp 745363/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 18.10.2007).

Outro instrumento que pode servir de garantia dos cidadãos contra os efeitos negativos dos câmbios de jurisprudência é a **modulação temporal dos efeitos de uma decisão**, instituto que permite ao órgão julgador estabelecer marcos temporais para a eficácia dos julgados.

A modulação pode funcionar como uma proteção às consequências advindas de atos contraditórios no âmbito do Poder Judiciário. Essa possibilidade

está prevista nas Leis 9.868¹⁵⁶ e 9.882, ambas de 1999, e na Lei 11.417/06¹⁵⁷, entretanto, tem sua aplicação limitada no âmbito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal e, mesmo assim, como visto linhas acima, ainda não há uma cultura da Corte Constitucional brasileira em aplicar o instituto para os casos de câmbio de jurisprudência.

VII.2 Os câmbios de jurisprudência no projeto de novo Código de Processo Civil que está em trâmite no Congresso Nacional

A comissão de juristas constituída no Senado com o objetivo de elaborar um projeto para o novo Código de Processo Civil teve especial atenção ao tema da uniformidade e coerência na produção jurisprudencial, tanto que na exposição de motivos fez questão de expressar:

*Por outro lado, haver, 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, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que **molde** o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.*

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

Evidentemente, porém, 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, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica,¹⁴ que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.¹⁵

De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos ex tunc. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso.

Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: ‘A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas’;

E, ainda, com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: ‘Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver **modulação** dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança Jurídica’

Esse princípio tem relevantes consequências práticas, como, por exemplo, a não rescindibilidade de sentenças transitadas em julgado baseadas na orientação abandonada pelo Tribunal. Também em nome da segurança jurídica, reduziu-se para um ano, como regra geral, o prazo decadencial dentro do qual pode ser proposta a ação rescisória.

Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz inquietude social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma. – negrito do original.¹⁵⁸

Diante dos motivos expostos, o projeto de novo código traz o seguinte dispositivo:

TÍTULO I
DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração 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.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Nada obstante as considerações constantes da exposição de motivos, o art. 847 do projeto não aparenta ser a solução para proteger os jurisdicionados dos efeitos nocivos de um câmbio de jurisprudência.

Com efeito, os incisos de I a IV apenas afirmam aquilo que já deflui da própria hierarquia existente entre os órgãos judiciais do País, não apresentando, verdadeiramente, qualquer novidade. De toda forma, não deixam de possuir um

¹⁵⁸ Exposição de motivos e texto do projeto disponíveis em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>> Acesso em: 23.02.2012

caráter pedagógico no sentido de lembrar aos tribunais inferiores a necessidade de orientarem sua jurisprudência de acordo com a dos tribunais superiores, mas apenas orientarem, os dispositivos não impõem qualquer obrigatoriedade de adoção da jurisprudência superior.

O inciso V, ao prevê a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão que altere jurisprudência dominante inova ao prevê a aplicação desse instituto para outras situações que não aquelas previstas nas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, e na Lei 11.417/06. Acaso positivada, tal disposição poderá ser bastante útil para a proteção das legítimas expectativas criadas por decisões pretéritas.

Nada obstante, a modulação prevista no projeto ainda não assegura um instrumento de proteção à disposição do cidadão ao menos por cinco razões:

- O dispositivo não diz de que forma a aplicação da modulação poderá ser suscitada;
- Não garante ao cidadão provocar o judiciário para sua aplicação;
- Não garante que o órgão julgador irá aplicar a modulação, nem mesmo garante que a discussão acerca da sua incidência deverá ocorrer;

- Não são elencados os requisitos necessários para a aplicação do instituto, de maneira que as hipóteses de sua utilização ficam permeadas de vagueza;

- A norma deixa a aplicação da modulação para a discricionariedade do órgão julgador em aplicá-la ou não, o que pode acabar fazendo surgir uma jurisprudência semelhante a que hoje existe para o incidente de uniformização previsto no art. 475 do atual CPC.

No que diz respeito ao § 1º do art. 847 do projeto que exige uma fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas, para que haja a mudança de entendimento sedimentado, tal regra nada mais afirma aquilo que deve estar presente em qualquer decisão judicial que seja proferida em um Estado Democrático de Direito.

Por fim, o § 2º do referido artigo traz uma questão problemática justamente em relação à segurança jurídica na medida em que deixa para os regimentos internos de cada tribunal disciplinarem a forma com cada um irá instituir um procedimento de revisão de jurisprudência. O mais seguro seria um procedimento previsto no próprio CPC, ainda que em linhas gerais, para que existisse um procedimento uniforme em todos os tribunais do País.

De todo salutar a previsão final do dispositivo com a possibilidade de realização de audiências públicas e a permissão para que terceiros contribuam para os debates relacionados a uma possível mudança de jurisprudência.

VII.3 Dos instrumentos utilizados no direito norte-americano

Antes de serem elencadas aqui algumas sugestões para evitar-se os efeitos nocivos dos câmbios de jurisprudência, cabe analisar alguns institutos do direito norte-americano.

O *Common Law* dos Estados Unidos da América apresenta alguns instrumentos que – sem que se pretenda a mera importação de institutos alienígenas para serem aplicados ao ordenamento pátrio – podem servir de parâmetro para a construção de um instrumento próprio a ser aplicado no Brasil.

Nos Estados Unidos, justamente em razão da importância do precedente judicial para o sistema desse país, existem institutos bastante interessantes que servem de proteção contra o elemento surpreendente das decisões judiciais.

O *overruling* é a tomada de decisão que altera de forma total o entendimento exarado no precedente. Vários fatores podem levar à sua ocorrência, inclusive a mudança de membros na composição da Corte, questão que provoca muitos debates quando de sua ocorrência nos tribunais brasileiros.

A mudança da jurisprudência pode ser considerada como a correção de um erro ou como uma mudança do direito estabelecido. Entender que a nova interpretação cria regra ou corrige um erro do passado não altera o efeito surpreendente que pode nela estar contido; por mais que houvesse um erro, a conduta estava chancelada pela orientação pretoriana. É a mudança da forma como o Judiciário passa a compreender um mesmo problema, e não a extensão dos

poderes interpretativos do magistrado, que servem para justificar a proteção das expectativas legítimas depositadas em uma orientação antiga.¹⁵⁹

EISENBERG entende que o *overruling* tem lugar quando, concomitantemente: **a)** não se satisfazem mais as exigências de congruência social e consistência sistêmica e **b)** os valores que legitimam o efeito vinculante, tais como proteção de justificável confiança, defesa contra a injusta surpresa, previsibilidade, isonomia, etc... não prevalecem sobre os motivos que justificam sua invalidação¹⁶⁰.

A implementação do *overruling*, no entanto, ainda que se mostre necessária, leva em consideração as expectativas geradas pela regra anterior, daí que a alteração do precedente pode ocorrer com efeitos limitados, aplicando-se aos processos pendentes de julgamentos (*limited prospectivity*) ou excluindo de forma absoluta a eficácia *ex tunc* (*pure prospectivity*).

A doutrina brasileira já chegou a afirmar que a técnica da *prospectivity* pode ser aplicada na jurisdição constitucional pátria seja na análise de casos concretos ou no controle abstrato:

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). **Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos sub judice, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica.** Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in*

¹⁵⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 181-182.

¹⁶⁰ EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 104-105.

abstracto nos diversos processos de controle concreto.¹⁶¹ (destaque não constante do original).

Outro instituto do *Common Law*, o *overriding*, por sua vez, ocorre quando a corte reduz o âmbito de uma doutrina anteriormente estabelecida em favor de uma regra ou princípio legal que surgiu depois que a antiga doutrina foi estabelecida.¹⁶² Essa técnica já foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal ao anular a Súmula 394, alterando o entendimento sobre a sua competência para processar autoridade com foro especial por prerrogativa de função, passando a entender que essa só existe enquanto persiste o exercício da função pública (Inquérito 687-4).

Tem-se, então, que o *overriding* representa uma revogação parcial de um precedente geral que acaba por ter sua aplicação restringida diante de uma norma especial que justifica a alteração da abrangência do precedente.

Outro importante instituto presente no direito norte-americano e que serve igualmente para garantir previsibilidade às decisões judiciais é o *signaling* ou *caveat*, uma técnica de sinalização ou aviso. Sobre esse instrumento vale transcrever as explicações de Celso de Albuquerque Silva:

O aviso, portanto, é uma técnica pela qual a corte segue um precedente, ao mesmo tempo em que coloca a comunidade jurídica em alerta sobre o fato de que aquele precedente já não é mais confiável. Pelo uso da sinalização, a corte 'pavimenta o caminho para invalidar uma doutrina que, de outro modo, teria que ser preservada em razão de uma justificada confiança nela depositada'. Após o aviso, porém, nenhuma confiança, ao menos justificada, pode ser utilizada como argumento para manutenção da doutrina, tanto que, muitas vezes, quando a antiga regra é invalidada, não é incomum que as

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1208.

¹⁶² EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 135.

cortes façam retroagir sua decisão até a data em que houve a sinalização, pois a partir daí, não se justificaria ma a confiança na regra.¹⁶³

Nada obstante os instrumentos existentes no direito-norte americano, a questão dos efeitos temporais das decisões que implicam *overruling* não é tema pacífico naquele país existindo diversos precedentes que discutem a questão e estabelecem balizas nas quais seria ou não o caso de aplicar-se uma mudança de precedente com efeitos apenas prospectivos.¹⁶⁴

Diante da crescente valorização do direito jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, a introdução de institutos que tenham preocupações semelhantes às dos institutos acima parece ser de grande valia para impedir a ocorrência do *venire contra factum proprium* no âmbito dos atos judiciais.

VII.4 Solução proposta

Como visto, atualmente, e também no futuro CPC que venha ser aprovado com base no projeto em trâmite no Poder Legislativo, nenhum dos instrumentos processuais existentes confere uma garantia aos cidadãos de que não sofrerão os efeitos nocivos de uma repentina mudança na interpretação judicial em relação à qual possuam legítima confiança. A jurisprudência pátria também não tem adotado uma postura efetiva nesse sentido.

¹⁶³ SILVA, Celso Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 296.

¹⁶⁴ Ver *Chevron Oil Co. v. Huson* (404 U.S. 97 – 1971) onde a Suprema Corte estabeleceu três balizas para identificar a necessidade, ou não, da aplicação apenas prospectiva da mudança jurisprudencial: 1) a decisão não se aplica retroativamente se estabelecer um novo princípio que altere um claro precedente com o qual os litigantes contavam; 2) Deve-se sopesar os méritos e deméritos de cada caso para considerar a história do direito em questão, seu propósito e efeito e se a aplicação retroativa fomentará ou retardará sua operação; 3) Ponderar a injustiça gerada pela aplicação retroativa. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=404&invol=97>> Acesso em: 23.02.2012. Nada obstante essas balizas fixadas em 1971, a questão não é pacífica nos EUA. A título de exemplo, ver os debates travados sobre a aplicação retroativa de uma nova interpretação em recente julgado de junho de 2011, *Davis x United States*, n.º 09-11328, disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-11328.pdf>> Acesso em 23.02.2012.

Diante da caracterização do câmbio como sendo um ato violador à Teoria dos Atos Próprios, a solução que aqui se apresenta é a ineficácia da decisão cambiante frente aqueles que, até então, pautaram sua conduta, judicial ou extrajudicial, na interpretação que vem a ser alterada. Assim, as novas interpretações – que são, como visto, novas normas – teriam eficácia, em regra, apenas “*ex nunc*”.

Por certo, para que essa solução seja aplicável, algumas circunstâncias devem ser sopesadas: a) a finalidade que tem o novo precedente; b) o grau de confiança que fora depositado na interpretação antiga; e c) o efeito que decorreria da aplicação retroativa do novo entendimento. Em *Desist v. United States* a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou essas bases e afirmou que a Constituição Norte-Americana não proíbe nem exige o efeito retroativo das decisões judiciais, de maneira que se deve sopesar os méritos e os deméritos em cada caso.¹⁶⁵

Da ordem constitucional brasileira, igualmente, não se pode extrair uma determinação para que as decisões judiciais sejam sempre retroativas ou o contrário, mas, do Princípio da Segurança Jurídica pode-se extrair que a aplicação retroativa deve respeitar as legítimas expectativas daqueles cidadãos que confiaram na interpretação até então vigente.

Um dispositivo que é pouco analisado na jurisprudência pátria, mas cujo fundamento deveria ser utilizado para além dos objetivos inicialmente propostos pela legislação e que busca preservar legítimas expectativas dos cidadãos contra inesperadas mudanças de interpretação é o art. 146 do CTN:

¹⁶⁵ Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?friend=ny&navby=volpage&court=us&vol=394&page=249>>. Acesso em: 23.02.2012.

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

O dispositivo busca proteger o cidadão-contribuinte contra modificação introduzida - em razão de decisão administrativa **ou judicial** – no critério jurídico adotado (interpretação conferida) para a realização do lançamento tributário. Não há vedação a essa mudança, mas só terá ela aplicação para fatos geradores posteriores à sua introdução, respeitando assim as expectativas dos contribuintes em relação aos critérios interpretativos que até então estavam em vigor.

O mesmo fundamento desta norma também deveria ser aplicado para a mudança de interpretação que implique câmbio de jurisprudência, forçando a modulação dos efeitos.

Mas a mera aplicação *ex nunc* da nova interpretação nem sempre será suficiente à proteção dos cidadãos. Com efeito, há ainda uma distância muito grande entre o que é decidido pela Cortes Superiores e o dia a dia do cidadão, de maneira que, para ser possível aplicar nova pauta de conduta diversa da até então seguida, a parte (ente público o particular) que vem a ser beneficiado com a nova orientação deveria notificar a contraparte a respeito dessa mudança, isso, claro, se a mudança ocorreu em processo com partes distintas e a questão envolver relação jurídica de trato sucessivo, já que fatos exauridos não devem ser atingidos por qualquer modificação jurisprudencial.

Nada obstante tais considerações, a experiência mostra que o referido dispositivo mal é aplicado na própria seara tributária, ressalvados alguns casos em que a própria Administração muda seus critérios.

Uma limitação temporal aos efeitos de uma decisão cambiante deveria ser possível de utilização por todos os Tribunais Superiores. Tal circunstância preservaria as legítimas expectativas daqueles que foram até o Poder Judiciário confiando nas manifestações pretéritas exaradas por uma Corte de uniformização em casos idênticos ao seu.

Já houve tentativa de aplicação do instituto no âmbito do STJ por meio de provocação suscitada pelo Ministro Herman Benjamin no voto-vista proferido no julgamento do Resp 767.527/PR, no qual se discutia a vigência do crédito-prêmio do IPI. Nada obstante, a tese não foi sufragada pelo colegiado da Primeira Seção:

TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/69 (ART. 1º). VIGÊNCIA. PRAZO. EXTINÇÃO. "MODULAÇÃO TEMPORAL" DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-lei 1.722/79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT).

2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a "modulação temporal" da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados.

3. Embargos de divergência improvidos.

(EREsp 738.689/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 22/10/2007, p. 187) – destaque não constante do original.

A questão de a modulação temporal dos efeitos da decisão precisar estar prevista em lei é polêmica. Talvez essa possibilidade já decorra do próprio Princípio da Segurança Jurídica, como fez o STF no julgamento do MS 26603, visto linhas acima; nada obstante, a positivação desse instituto para outras situações que não as previstas na legislação atual seria de todo salutar, já que garantiria ao jurisdicionado a possibilidade de provocar sua utilização e obrigaria uma manifestação do Poder Judiciário.

A aplicação do instituto a outros tribunais, e não apenas aos tribunais superiores, é uma questão controversa. Aos tribunais regionais federais a ideia de modulação em face da mudança de jurisprudência não parece ter fundamento, já que para esses sempre existe a possibilidade de um recurso uniformizador. Entretanto, vale destacar que o TRF da 1ª Região tem aplicado a modulação temporal aos seus julgados que implicaram alteração de jurisprudência até então pacífica:

Processo: EDAC 2007.35.02.002276-0/GO; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CIVEL Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA Publicação: 14/11/2008 e-DJF1 p.338 Data da Decisão: 04/11/2008 Decisão: A 7ª Turma DEU PROVIMENTO, em parte, aos embargos de declaração da FN, por unanimidade. Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS - ALEGADA OMISSÃO ADC N. 18: INEXISTENTE - **MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E MODULAÇÃO TEMPORAL** CONSEQUENTE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FN: APARENTE CONTRADIÇÃO - EFEITOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO: INEXISTÊNCIA DE "INDÉBITO" - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FN PROVIDOS EM PARTE. 1. Além do fato de a suspensão prevista na Lei nº 9.868/99 (art. 21) exigir prévio conhecimento pelo julgador (se superveniente ao julgamento - tanto mais quando a ele não comunicada - ela é impertinente), não se trata de questão que se possa alegar em sede de declaratórios. **2. Constitui "contradição" intrínseca a aplicação de efeitos pretéritos a julgado que adota entendimento contrário à jurisprudência por décadas dominante (sumulada inclusive), que ampara(va) o procedimento fiscal de exigir a inclusão do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS.** **3. A eficácia (modulação temporal) do julgado centrado em mudança de interpretação de lei ou de ato normativo, preservando a segurança jurídica e a boa-fé da ação praticada ao abrigo da interpretação abandonada (antes pacífica), deve operar apenas a partir do seu trânsito em julgado, o que afasta a existência ou a caracterização de "indébitos" (pretéritos) a repetir ou compensar, e torna superada a questão argüida a título de decadência/prescrição.** 4. Embargos de declaração da FN providos em parte. Dispositivo do acórdão embargado alterado para: "DAR PROVIMENTO, em parte, à apelação da impetrante para, reformando a sentença, CONCEDER, em parte, a segurança, apenas para EXIMIR a autora da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, a partir do trânsito em julgado desta decisão". 5. Peças liberadas pelo Relator, em 04/11/2008, para publicação do acórdão.

Para os Tribunais de Justiça defende-se a aplicação da modulação para as matérias que forem de sua competência exclusiva, como é o caso da interpretação da lei local.

Certo é que o instituto da modulação temporal dos efeitos da decisão deve ter sua utilização maximizada, e isso só será possível com uma melhor disciplina do instituto na legislação, prevendo-se de forma expressa novas hipóteses de cabimento e deixando de ser uma discricionariedade do órgão julgador, para ser um direito do jurisdicionado que poderá provocar o Judiciário – através de um recurso específico ou de um incidente processual - para que se aplique a modulação, protegendo suas expectativas pretéritas.

Com isso não se quer afirmar que a questão da eficácia da orientação jurisprudencial cambiante pode ser resolvida simplesmente determinando sua aplicação *ex nunc* ou *ex tunc*, tudo ou nada. Até porque a própria aplicação *ex nunc* ou *ex tunc* exigirá a indicação das condições para sua aplicação (se a questão está judicializada, se há trânsito em julgado, se já houve execução, se a relação é de trato sucessivo, etc.). Assim, entre a permanência indefinida de uma determinada disciplina jurídica e a aplicação incondicionada da nova normatividade, devem existir soluções baseadas em disposições transitórias.

Destarte, o mais correto é que essa modulação se dê por meio da instituição de um direito transitório a ser aplicado à decisão cambiante para que assim se identifique a partir de quando e diante de quais condições uma nova orientação jurisprudencial poderá ser aplicada. Os instrumentos do direito transitório são vários: confirmação do direito em vigor para os casos cujos pressupostos se gerarem e desenvolverem à sombra da lei antiga; entrada gradual da lei nova;

dilatação da *vacatio legis*; disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as leis velhas e as leis novas¹⁶⁶.

Na aplicação desse direito transitório também será necessário sopesar a natureza da norma inovadora, no que diz respeito à sua matéria. Assim, leis que cominem com ilícitos determinados comportamentos e lhes impute efeitos negativos não podem ter aplicação retroativa.

A grande questão será identificar quando o cidadão terá caracterizada sua legítima expectativa digna de ser protegida da virada jurisprudencial. Pensa-se que essa caracterização passará por conceitos abertos que terão de ser identificados pelo Poder Judiciário, mas alguns aspectos são de imprescindível verificação:

1. O Direito que foi arguido pela parte – se era controvertido na jurisprudência à época da judicialização da questão;
2. Se a pretensão foi deduzida com base em precedentes de Tribunais Superiores;
3. Se foram proferidas decisões favoráveis à parte com base na jurisprudência que vem a ser alterada;

¹⁶⁶ Interessante decisão que instituiu um direito transitório em razão de inovação legislativa conflitante com jurisprudência pacífica foi a prolatada pelo STJ ao declarar a inconstitucionalidade da aplicação retroativa do art. 4º da LC 118/05 para determinar que o novo termo *a quo* do prazo para pleitear a restituição de indébito deveria obedecer a uma regra de transição de direito intertemporal, semelhante à prevista no art. 2.028 do Código Civil. Infelizmente o Supremo Tribunal Federal ao analisar a questão, apesar de manter a inconstitucionalidade da aplicação retroativa, afastou a aplicação da regra de transição ao argumento de que essa não estava prevista na LC 118/05. Ver: REsp 1096288/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 08/02/2010 e RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe 10/10/2011.

4. A natureza da relação jurídica que é posta em discussão, se é de trato sucessivo ou cuida apenas de fatos ocorridos no passado;

É certo que a necessidade identificação desses elementos impõe a dificuldade de uma solução padrão, pois para cada caso será preciso comprovar a prática dos atos que caracterizem uma legítima confiança a ser protegida. Mas o que não se pode é simplesmente negar-se a necessidade de um instrumento específico para a proteção dos jurisdicionados diante dessas situações.¹⁶⁷

Esses pontos devem ser levados em conta na positivação de um instrumento processual que garanta proteção contra os efeitos nocivos dos câmbios de jurisprudência. E esse remédio processual será mais bem aproveitado se for instituído como um incidente em abstrato, desvinculado das questões específicas de determinado processo; possa ser suscitado pelas partes ou de ofício; e represente um requisito para que as cortes possam alterar sua jurisprudência.

Apesar de defender-se a positivação de um instituto nesses termos, entende-se que essa proteção já pode e já deveria ter sido realizada simplesmente extraindo tais conclusões do próprio Princípio da Segurança Jurídica que, nesses casos, deve prevalecer sobre Independência do Judiciário, Livre Convencimento Motivado, competência da Cortes para alterar seus próprios entendimentos e todos os demais fundamentos que possibilitam uma revisão de jurisprudência.

Há quem entenda que a eleição por parte do Tribunal de um marco temporal a partir do qual passaria a ser aplicada uma nova interpretação seria permitir uma escolha arbitrária acerca de uma data ou de um processo a partir do qual o novo entendimento seria aplicado e que uma solução sem limitação temporal

¹⁶⁷ Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 493.

para sua aplicação seria a melhor maneira de salvaguardar o princípio constitucional da igualdade perante a lei.¹⁶⁸ Essa afirmação esquece daqueles que já teriam usufruído de direitos com base na interpretação cambiada, bem como a circunstância de que não se pode tratar de forma igual aqueles que permaneceram inertes diante de violações a seus direitos subjetivos e outros que, indignados com tal situação, arcaram com os custos, não só financeiros, de promover uma demanda judicial, por exemplo.

Fere o Princípio da Igualdade tratar a todos de forma indistinta sem se preocupar em identificar aqueles que possuem legítimas expectativas que devem ser protegidas. As decisões judiciais ao fixarem uma solução são observadas com atenção não apenas por aqueles que são litigantes, mas pelos jurisdicionados em geral, como sendo modelos de decisões futuras para casos análogos e aqueles que se preocuparam em observar esses padrões não devem ser tratados da mesma forma que aqueles que se mostraram indiferentes.

CANOTILHO entende que é diferente falar em segurança jurídica quando se trata de coisa julgada e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. O professor de Coimbra afirma que, sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade na orientação dos tribunais. Afirma que tal questão trata de uma

¹⁶⁸ Argumento veiculado pela Suprema Corte de Justicia de La Provincia de Bueno Aires em *Isac, Jorge y outro c. Provincia de Buenos Aires*. Publicado em *El Derecho*, tomo 166, p. 445 *apud* in IBARLUCÍA, Emilio Armando in *El cambio de jurisprudencia sobre interpretación de normas procesales y el comienzo de su aplicación* (A propósito de las posiciones antagónicas de la CSJN y de la SCBA) in ED, tomo 169, 1996. Buenos Aires: UCA. p. 1279.

dimensão irredutível da função jurisdicional, a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo a sua convicção e responsabilidade.¹⁶⁹

Discorda-se desse entendimento que exclui a discussão da segurança jurídica frente à estabilidade da jurisprudência. Qual segurança jurídica é conferida aos cidadãos que asseguram seus direitos conforme uma jurisprudência vigente, se uma decisão surpreendente pode fazer com que esses mesmos direitos sejam perdidos? O Poder Judiciário não pode fechar os olhos para as consequências das suas decisões quando se está diante de quebra de confiança gerada pelos seus próprios atos.

A fixação de um termo inicial para a aplicação da nova interpretação, a determinação de uma regra de transição ou mesmo o enunciado do tribunal externando sua intenção em alterar determinada interpretação até então vigente, não pode ser tida como uma solução *contra legem*, tais possibilidades possuem suporte jurídico na medida em que estão amparadas em princípios constitucionais.

Diante da premissa de que os tribunais criam normas, se assim o fazem, podem determinar o início da sua vigência, justamente para proteger a Segurança Jurídica do Ordenamento frente à inovação normativa. Se a Constituição proíbe os legisladores de editarem leis que violem as garantias constitucionais, não há razão para excluir os juízes de tal limitação, ainda mais quando esses possuem menor grau de legitimidade democrática.

¹⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 381.

CAPÍTULO VIII - CONCLUSÕES

§1º Também no sistema da *Civil Law* a jurisprudência cria normas jurídicas. Tais normas possuem força coativa maior do que as próprias normas legisladas;

§2º As pautas de comportamento emanadas das Cortes Superiores, notadamente nos dias atuais com a facilidade de ampla divulgação das decisões, criam legítimas expectativas nos cidadãos jurisdicionados quanto às futuras deliberações a respeito de temas idênticos aos já decididos, as quais devem ser protegidas;

§ 3º O Princípio da Segurança Jurídica representa uma garantia mais ampla do que aquelas proteções veiculadas no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República;

§ 4º Analisar o Direito enquanto sistema e excluir a discricionariedade da atividade do julgador são pontos fundamentais para proporcionar previsibilidade a respeito das decisões judiciais;

§ 5º A Teoria dos Atos Próprios tem por fundamento o Princípio da Segurança Jurídica na medida em que confere estabilidade e previsibilidade às relações jurídicas, permitindo maior confiança ao tráfego jurídico;

§ 6º Os câmbios de jurisprudência representam um elemento de ruptura do sistema do direito e, por isso mesmo, devem ser evitados, mas não são inadmissíveis e estão presentes nas cortes superiores do Brasil;

§ 7º O ato judicial que altera jurisprudência preenche os requisitos necessários para que seja caracterizado como um ato de *venire contra factum proprium* do Poder Judiciário, notadamente no ordenamento jurídico brasileiro onde não há um instrumento processual específico que sirva de impugnação contra tal decisão;

§ 8º Nenhum dos instrumentos processuais em vigor no ordenamento pátrio, ou mesmo no anteprojeto do CPC que se encontra em análise no Poder Legislativo, tampouco as próprias decisões judiciais asseguram um direito de proteção dos cidadãos que pautaram suas condutas em determinada orientação jurisprudencial que vem a ser cambiada;

§ 9º A criação de um recurso específico que seja interposto contra as decisões surprestantes ou de um incidente de uniformização em abstrato que determine uma modulação temporal dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência é uma proposta de solução para que o ordenamento processual brasileiro passe a garantir segurança jurídica aos cidadãos que pautaram suas condutas confiando nas decisões proferidas pelas Cortes Superiores.

IX – BIBLIOGRAFIA

Livros:

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

Ávila, Humberto. **Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

BENTHAM, Jeremy. **Falácias políticas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

BERRO, Frederico. **La Relevância Jurídica de La Conducta Anterior (Teoria de los Actos Propios)**. Montevideo: Ediciones Juridicas Arnalio M. Fernandez, 1989.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1989.

BORDA, Alejandro. **La Teoria de Los Actos Propios**, 3ª edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

CABABE, Michael. **The Principles of estoppel: An Essay**. Aurora, Illinois: Gale Making of Modern Law publisher, 2012.

CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **Selected Writings**. New York: Fallon Publications, 1947.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**, New Haven and London Yale University Press, 1977.

- COSSIO, Carlos. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S. A., 1954.
- DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**, Curitiba: Juruá, 2007.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo – Direito Comparado**. 2ª edição. Lisboa: Meridiano, 1978.
- DIEZ PICAZO-PONCE DE LEÓN, Luis. Prólogo de **El Principio General de La Buena Fé**, de Franz Wieacker. Madrid, Civitas, 1982.
- DIEZ PICAZO-PONCE DE LEÓN, Luis. **Derecho y masificación social. Tecnología e Derecho Privado (Dos esbozos)**. 2ª edição. Madrid: Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S. A., 1979.
- _____ **La Doctrina de Los Propios Actos. Un Estudio sobre la Jurisprudência del Tribunal Supremo**. Barcelona: BOSCH, 1963.
- DIAS, José Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª edição. Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Havard University Press, 1991.
- FRANK, Jerome. **Courts on Trial**. New Jersey: Princeton University Press, 1973.
- _____ **Law and the Modern Mind**. 6ª edição, Anchor Books, New York, 1963.
- GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO. **Temeridad y Malícia em El Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Juruá. 2003.
- GRIFFITH, Virgil Alexis. **Outlines of the law a comprehensive summary of the major subjects of American law**. Indianápolis: Bobbs-Merrill editor, 1949.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 1, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de direito**. 6ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado escolástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOLMES, Oliver Wendell. **O Caminho do Direito** in Os Grandes Filósofos do Direito. Clarence Morris (org). São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____ **O Direito Comum – As origens do direito Anglo-Americano**. Rio de Janeiro, Edições O Cruzeiro, 1967.

LÓPEZ MESA, Marcelo J.; ROGEL VIDE, Carlos. **La doctrina de los actos próprio – Doctrina y jurisprudência**. Buenos Aires: Editorial Reus, 2009.

MAIRAL, Héctor A. **La Doctrina de Los Propios Actos y La Administración Pública**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2007.

_____ **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**. Coimbra: Almedina, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

NOVOA, César Garcia. **El Principio de Seguridad Jurídica em Matéria Tributária**. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PUIG BRUTAU, José. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS5, 1977.

_____ **Estudios de Derecho Comparado – La Doctrina de Los Actos Propios**.
Barcelona: Ediciones Ariel, 1951.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Vol. I. 4ª edição. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961.

REALE, Miguel. **Fontes do Direito in Lições Preliminares de Direito**. 19ª edição. São Paulo, Saraiva, 1991.

ROBINSON, Edward Stevens. **Law and the Lawyers**. New York: The Macmillan company, 1935.

ROSCOE POUND, Nathan. **Contemporary Juristic Theory**. Claremont Califórnia: Claremont Colleges, 1940.

RUBIO LLORENTE, Francisco et al. **Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial**. Barcelona: Ariel, 1995.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte Americano**. São Paulo: Editora Landy, 2001.

SILVA, Celso Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STONE, Julius. **The Province and the Function of Law**. Buffalo, NY: William S. Hein, 1990.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WEINGARTEN, Celia. **Derechos en Expectativa del Consumidor. Aplicación de la doctrina de los propios actos**. Buenos Aires: Astrea, 2004.

WIEACKER, Franz. **El Principio General de La Buena Fé**. 2ª edição. Madrid: Civitas Editorial S.A., 1982.

Artigos:

ALTERINI, Atilio Aníbal; CABANA, Roberto Lopez. **La doctrina de los propios actos em el Código Civil. Jurisprudência Argentina** in Doctrina Judicial. Vol. II. Buenos Aires: La Ley, 1987.

BEZZI, Osvaldo Máximo. **El cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa. (nota a fallo)** in LA LEY, tomo 1987- D. Buenos Aires.

BIANCHI, Enrique Tomás; IRIBARNE, Héctor Pedro. **El principio general de la buena fe y la doctrina. "Venire contra factum proprium non valet"** in El Derecho, tomo 106. Buenos Aires, 1984.

BIDART CAMPOS, German J. **La Revision de uma Condena Penal por Cambio en la Jurisprudencia de La Corte** in El Derecho, tomo 141. Buenos Aires: Universitas, 1991.

BORDA, Alejandro. **Teoría de Los Actos Propios y Abuso Del Derecho** in Doctrina Judicial. Buenos Aires: La Ley, Volumen: 2008-1. Suplemento 14 - 3/4/2008 - Nota a fallo.

CAMPS, Carlos Enrique; NOLFI, Luis Maria; NOLFI, Martín Miguel. **La doctrina de los propios actos como garantía de La solidaridad social** in La Ley, tomo 1996-B. Buenos Aires.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil** in Leituras Complementares de Direito Civil. Farias, Cristiano Chaves de – coord. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007.

GOÑI, Enrique G. Bulit. **Los propios actos y La función judicial** in La información, año LIX, nº 701, t. LVII, Mayo, 1988. Buenos Aires, Cangallo.

IBARLUCÍA, Emilio Amando. **El cambio de jurisprudencia sobre interpretación de normas procesales y el comienzo de su aplicación (A propósito de las posiciones antagónicas de la CSJN y de la SCBA)** in ED, tomo 169. Buenos Aires: UCA, 1996.

LLEWELLYN, Karl N.. **Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound** in Harvard Law Review, Vol. 44, No. 8, Junho, 1931.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. **De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina e los actos.** Disponible em: <http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez_mesa_actos_propios2.htm>

_____ **Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios** in *La Ley Córdoba*, Córdoba, La Ley, Volumen: 2009 Suplemento 1 - Febrero de 2009.

LOPEZ MESA, Marcelo J.; DEL CARRIL, Juan Antonio Vergara. **La Doctrina de Los Actos Propios – Apuntes sobre La Fijación Jurisprudencial de sus Contornos** in *El Derecho*, Vol. 168. Buenos Aires: UCA, 1999.

NASMITH, David. **The Institutes of English Adjective Law (Procedure in Court) Embracing an Outline of the Law of Evidence and Measure of Damages.** London: Butterworths 7 Fleet Streets, 1879.

PATTERSON, Edwin W. **Cardozo's Philosophy of Law** in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* Vol. 88, No. 1 (Nov., 1939).

PECK, Darrell L., **Estoppel - Effect of Overruling a Judicial Decision - Equitable Estoppel Against the Taxing Power of the State**, *Maerquete Law Review*, Vol. 36, 1952. Disponible em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol36/iss2/12>> Acceso em 23.02.2012.

PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. **La Seguridad Jurídica: Una Garantía Del Derecho y La Justiça.** UNED, Boletín da Facultad de Derecho, número 15, 2000. Disponible em: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-2000-15-48a09575&dsID=PDF>. Acceso em 23.02.2012.

PITTATORE, Pamela. **El Pincípio Jurídico de La Legítima Confianza y La Interpretación Judicial Del Decreto de Desregulación Económica a Nueve Años de su Dictado** in *Actualidad en el Derecho Publico*, Volumen 12. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SAFONTÁS, Simon P. **Doctrina de Los Propios Actos** in *JUS - Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*. nº 5. La Plata: Editora platense, 1964.

SODERO, Eduardo. **Sobre el Cambio de los Precedentes**. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 21 (octubre 2004), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México. Disponible em: <<http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?f%5Bcg%5D=1&q=eduardo+sodero&x=7&y=3>>

Sítios na internet:

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

www.trf1.jus.br

<http://www.csjn.gov.ar>

<http://lyrioregis.blogspot.com/2007/12/jos-delgado-critica-insegurana-juridica.html>

<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=404&invol=97>

<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-11328.pdf>

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?friend=ny&navby=volpage&court=us&vol=394&page=249>

Jornal:

Jornal Valor Econômico. Edição de 15.09.2011.