

A JURISPRUDÊNCIA SEMPRE DEVE SER APLICADA RETROATIVAMENTE?

Estêvão Mallet^(*)

1. Introdução; 2. Aplicação da jurisprudência no tempo segundo o entendimento tradicional; 3. Jurisprudência e criação do direito; 4. Jurisprudência inovadora; 5. Aplicação retroativa da jurisprudência e segurança jurídica; 6. Caráter não necessariamente retroativo da jurisprudência no direito brasileiro; 7. Restrições à aplicação retroativa da jurisprudência no direito brasileiro; 8. Conclusão.

1. Introdução.

A jurisprudência sedimentada do Tribunal Superior do Trabalho sofreu, em curto espaço de tempo, especialmente a partir de outubro de 2003, quando editada a Resolução Administrativa n. 121, significativas transformações. Além de os Enunciados passarem a se chamar Súmulas¹, muitos dos verbetes tiveram sua redação alterada, outros foram cancelados, reeditou-se um, que não se encontrava em vigor desde 1994, convertendo-se em novas Súmulas ou incorporando-se às existentes precedentes de natureza

^(*)Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Vice-Presidente da Comissão de Pós-Graduação da mesma Faculdade, doutor e livre-docente em Direito e advogado.

¹Resolução n. 129, de 5 de abril de 2005.

diversa, como as Orientações Jurisprudenciais². De outro lado, criou a Emenda Constitucional n. 45, com o art. 103-A, adicionado à Constituição, a figura da jurisprudência com caráter obrigatório geral, sob a forma de súmulas com efeito vinculante, ressuscitando a velha figura dos assentos da Casa de Suplicação do direito português, previstos nas Ordenações Manuelinas³.

Põe-se, por conta de tais mudanças, o problema, de inegável relevância teórica e prática, ainda que escassamente considerado pela doutrina nacional – que por isso se encontra pendente de solução⁴ –, de saber se a retroatividade é atributo inerente à jurisprudência, de modo que possam as novas Súmulas, vinculantes ou não, aplicar-se sempre aos fatos ocorridos antes de sua edição, ou se, ao contrário, nem sempre a modificação da jurisprudência se reveste de eficácia retroativa.

2. Aplicação da jurisprudência no tempo segundo o entendimento tradicional.

A solução tradicional para a questão proposta parte da idéia de que a jurisprudência não criaria direito, senão que apenas explicitaria ou revelaria o conteúdo latente da lei, conteúdo que teria, como lembrado por Benjamin Cardozo, no julgamento *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, “a Platonic or ideal existence before the act of declaration”⁵, o que não está longe da colocação anterior de Montesquieu, dos juízes como “*la bouche qui*

²Cf., no particular, as Resoluções ns. 129, de 05.04.05, 130, de 05.05.05, 135, de 30.06.05, e 137, 04.08.05.

³Livro III, título LVIII, § 1. A propósito, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do direito português*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 294, e Mário Júlio de Almeida Costa, *História do direito português*, Coimbra, Almedina, 1996, n. 51, p. 296.

⁴É o que assinala José Rogério Cruz e Tucci (*Perspectivas históricas do precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo, tese, s. e. p., 2003, p. 301).

prononce les paroles de la loi”⁶. Considera essa solução tradicional, ainda, que a jurisprudência representaria apenas a consolidação do entendimento já firmado nos tribunais, não inovando na ordem jurídica nem surpreendendo os que são por ela atingidos. Daí porque – eis a conclusão do raciocínio – não caberia invocar, contra a aplicação retroativa da jurisprudência, a garantia constitucional que protege o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Na linha da doutrina indicada, assinalou certa feita o Tribunal Superior do Trabalho, em paradigmático julgado: “...enunciado não é lei, e, dessa forma, não se aplica a ele a limitação temporal própria daquela, mesmo porque, constituindo a jurisprudência sedimentada do Tribunal, indica que, antes de ser editado, já predominavam os precedentes no sentido do seu conteúdo, o que afasta a alegação de aplicação retroativa”⁷. De idêntico modo, em termos também bastante expressivos, decidiu o Tribunal do Trabalho da 2ª Região: “Enunciado - aplicação retroativa - possibilidade - Enunciado não é norma legal: sua edição obedece ao intento de pacificação da jurisprudência, traduzindo-se na cristalização de um dentre os entendimentos aplicáveis à solução

⁵287 U.S. 365. A proposição encontra raízes na doutrina de Blackstone a respeito do papel do juiz na revelação do direito (*Blackstone's commentaries*, Philadelphia, William Young Birch, 1803, I, p. 69 e segs.).

⁶*Des Lois*, liv. XI, chap. VI. Interessante notar a passagem, menos conhecida, de Cícero, em que o juiz é qualificado como “a lei falando” (Das leis, Liv. III, n. 1). Na doutrina do Século XX, Ferrara ainda afirma que o juiz “*non crea diritto per il caso concreto, ma applica il diritto al caso concreto*” (*Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, n. 35, p. 151). E mesmo quando ambígua ou lacunosa a lei, o juiz – prossegue o mesmo autor – ao decidir, “*non trae diritto dal suo cervello, ma scopre quello che è diritto dentro la legge*” (*Trattato di diritto civile italiano cit.*, n. 35, p. 151).

⁷TST – SBDI II, ROAR n. 387.687, Rel. Min. Francisco Fausto, julg. em 14.11.00 in DJU de 07.12.00, p. 602.

de determinada controvérsia. Trata-se, portanto, de simples diretriz jurisprudencial, sem atributo de criação do direito. Vale dizer, o entendimento consubstanciado no Enunciado preexiste e inspira a edição deste, não havendo que se cogitar de retroatividade infringente de situações juridicamente consolidadas”⁸.

A possibilidade de aplicação retroativa da jurisprudência sumulada conta com o respaldo do próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão com a seguinte ementa: “Súmula do TST - Aplicação retroativa - Significado das formulações sumulares...O conteúdo das formulações sumulares limita-se a contemplar e a consagrar, no âmbito dos tribunais, a sua orientação jurisprudencial predominante, caracterizada pela reiteração de decisões em igual sentido. O enunciado sumular assume valor meramente paradigmático, pois exprime o sentido da jurisprudência prevalente em determinado tribunal. A súmula nada mais é do que a cristalização da própria jurisprudência. As súmulas dos tribunais não se submetem às regras de vigência impostas às leis. Nada impede que os magistrados e tribunais dirimam controvérsia com fundamento em orientação sumular fixada após a instauração do litígio”⁹.

⁸TRT - 2ª Reg., 8ª T., RO n. 02970302084, Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva, Ac. n. 02980351797, julg. em 22.06.98 in DOE SP, PJ, TRT 2ª de 21.07.98. No mesmo sentido, ainda: “Em se tratando de jurisprudência cristalizada, não há aplicação do art. 6º da LICC pois, não ostentando a qualidade de lei, impossível falar-se em irretroatividade de sua aplicação. Considerando que os enunciados de súmula nada mais representam do que a cristalização da jurisprudência que há muito vem se verificando nas decisões pretorianas, impossível requerer a aplicação de determinada súmula ao momento de sua edição”(TRT - 10ª Reg., 1ª T., RO n. 899/2004, Rel. Juíza Maria Regina Machado Guimarães in DJU de 05.08.05).

⁹STF - 1ª T, AIAGr n. 137.619/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 04.08.93 in DJU de 18.03.94, p. 5.153. Cf., ainda, STF - 2ª T., AIAGr n. 94.421/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 21.10.83 in DJU de 11.05.84, p. 7.210.

A doutrina que se debruçou sobre o assunto avaliza, em termos gerais, a diretriz dominante nos tribunais brasileiros. Planiol e Ripert, por exemplo, nem mesmo chegam a lançar dúvida em relação ao efeito retroativo da nova jurisprudência, dando-o como certo e natural¹⁰. Roubier, por sua vez, registra: “*c’est...une règle certaine de notre droit français qu’il ne peut y avoir de conflit entre des jurisprudences successives: une jurisprudence nouvelle s’applique toujours dans tous les procès nouveaux, sans que l’on prenne en considération la data à laquelle les faits du procès se sont produits, et quand bien même ces faits seraient antérieurs au changement de jurisprudence*”¹¹. E os autores mais modernos continuam a seguir a mesma linha, como se vê da afirmação de Jacques Héron de que “*la date-frontière de la norme jurisprudentielle est celle de la disposition législative qu’il (le juge) a visée*”¹². Aliás, recentemente a Suprema Corte do Canadá assinalou: “*la jurisprudence en common law a toujours eu un effet à la fois rétroactif et rétrospectif*”¹³.

Essa conclusão, em torno da eficácia necessária e invariavelmente retroativa da jurisprudência, inclusive daquela sumulada, ainda que amparada por numerosos precedentes, dos mais diferentes tribunais, e mesmo por parte da doutrina, está a merecer reflexão crítica, tendo em conta a fragilidade de suas premissas e os graves problemas que dela decorrem.

3. Jurisprudência e criação do direito.

¹⁰Cf. *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 1932, tome premier, n. 124, p. 50.

¹¹*Le droit transitoire*, Paris, Dalloz e Sirey, 1960, n. 7, p. 25.

¹²*Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1996, n. 10, p. 13.

¹³*Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49. A observação, todavia, não é correta, como será visto mais adiante.

Dizer que a jurisprudência não cria normas jurídicas, mas apenas as interpreta, para justificar a sua indiscriminada aplicação retroativa, envolve dupla impropriedade.

Em primeiro lugar, mesmo na mais simples e limitada interpretação de normas pré-existentes há sim – e inevitavelmente – atividade criativa. A decisão judicial, qualquer que seja, sempre acrescenta algo à norma aplicada, pois, “*when the decision has been given, the law is not precisely what it was before*”¹⁴. Aliás, na verdade, “*judicial law-making is an inseparable facet of law-applying*”¹⁵. Como assinala Franzen de Lima, “a jurisprudência faz a lei...ela é a forma viva do direito, só ela é a regra aplicada”¹⁶. Já antes Kelsen havia ressaltado: “a decisão judicial de um caso concreto...de modo nenhum é apenas aplicação do Direito, senão simultaneamente também criação do Direito, a continuação do processo de produção do Direito que acontece no processo legislativo”¹⁷. Mais tarde Friedrich Müller escreveria, ao desenvolver sua Teoria Estruturante do Direito, que a norma jurídica, que não se confunde com o texto legal, deve a cada vez ser produzida pelo aplicador do direito¹⁸. Bem valeria dizer, na linha da decisão da Corte Suprema do Estado

¹⁴W. M. Geldart, *Elements of english law*, New York, Henry Holt and Company, s. d. p., p. 27.

¹⁵Gidon Gottlieb, *The logic of choice – An investigation of the concepts of rule and rationality*, London, George Allen and Unwin, 1968, p. 88. Cf ainda, sobre o tema, as contundentes palavras de Beryl Harold Levy em *Realist jurisprudence and prospective overruling*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 109, p. 1 e segs.

¹⁶Da interpretação jurídica, Rio de Janeiro, Forense, 1955, ns. 269 e 273, p. 210 e 212.

¹⁷Teoria geral das normas, Porto Alegre, Fabris Editor, 1986, p. 285/286. Na doutrina nacional, Lourival Vilanova assinala que “a norma individual da sentença ultrapassa o âmbito da premissa maior, contendo *conotação referencial nova*” (As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo, São Paulo, Noeses, 2005, p. 156/157; *italico do original*).

¹⁸*Discours de la methode juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 183.

norte-americano da Flórida, tomada em setembro de 2005, que “*‘the law’ is comprised of the statute plus decisional caselaw interpreting the statute*”¹⁹. As citações poderiam continuar indefinidamente, mas não é preciso ir adiante. Registre-se, para terminar, a colocação de Pontes de Miranda: “não há duvidar da ação criadora (ou pelo menos reveladora) do juiz: ele não subsume apenas, também pronuncia julgamentos de valor”²⁰. Por isso mesmo é que não há como separar – ao menos não em termos absolutos – interpretação e criação de direito. São atividades que sempre “se co-implicam e se integram”²¹.

Em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, o simples caráter interpretativo do ato – pudesse isso existir – não permitiria desconsiderar os limites impostos à retroatividade do novo entendimento normatizado. Nem as ditas leis interpretativas podem prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada²². Nas precisas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “as situações jurídicas, ou os direitos subjetivos constituídos em função da interpretação dada à lei, antes do dispositivo interpretativo, não podem mais ser alterados ou atingidos, ainda que a hermenêutica autêntica venha infirmar o entendimento dado à lei interpretada”²³. Pimenta Bueno já havia escrito, ainda no Século XIX: “a lei por ser declaratória não deixa de ser lei, não deixa de estabelecer uma regra, que pelo menos não foi entendida, que por isso vem a ser nova...e assim o dar-lhe uma

¹⁹*State of Florida v. Henry Maynard Barnum*, n. SC 03-1315.

²⁰Sistema de ciência positiva do direito, Rio de Janeiro, Borsoi, 1972, II, p. 205.

²¹Miguel Reale, O direito como experiência, São Paulo, Saraiva, 1968, p. 247. Analogamente, com a observação de que “a função judicial e a função legislativa estão interligadas”, Roscoe Pound, Introdução à filosofia do direito, Rio de Janeiro, 1965, p. 57.

²²Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, vol. 1º, n. 113, p. 386.

²³Instituições de direito civil, Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. I, n. 32, p. 108.

data contemporânea a da lei interpretada não se funda na realidade, senão sobre um artifício de palavras”, o que o levou a concluir que a lei interpretativa somente se aplicava a partir de sua publicação e não de modo retroativo²⁴. Não discrepa Pontes de Miranda, cuja enfática assertiva merece reprodução: “em sistemas jurídicos, que têm o princípio da legalidade, da irretroatividade das leis e da origem democrática da regra jurídica, não se pode pensar em regra jurídica interpretativa, que, a pretexto de autenticidade da interpretação, retroaja”²⁵.

4. Jurisprudência inovadora.

Já a alegação de que a jurisprudência, especialmente aquela sumulada, tão somente consolida o entendimento firmado nos tribunais ao longo do tempo, sem inovar na ordem jurídica, o que afastaria o risco de surpresa em torno da aplicação do direito, não encontra respaldo nos fatos.

Não são nem raros nem incomuns os casos em que se verificam bruscas e radicais mudanças de orientação da jurisprudência. No direito comparado, a ocorrência é lembrada, com indicação de precedentes da Corte de Cassação francesa, por François Terré²⁶. No Brasil, o exemplo da Súmula 261, do Tribunal

²⁴Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império, Brasília, Senado Federal, 1978, p. 75. No mesmo sentido, Carvalho de Mendonça, Tratado de direito commercial brasileiro, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1933, volume I, livro I, n. 152, p. 222, e, na doutrina mais recente, Elival da Silva Ramos, A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro, São Paulo, Saraiva, 2003, n. 28, p. 167 e segs.

²⁵Comentários à Constituição de 1967, Rio de Janeiro, Forense, 1987, tomo V, p. 103.

²⁶*Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1998, n. 453, p. 460. Veja-se também, sobre o ponto, a crítica de Jean Carbonnier à jurisprudência francesa, tanto a do *Conseil d'Etat* como a da *Cour de Cassation*, que teria se tornado *relâchée*, contribuindo para a incerteza do direito (*Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1971, p.

Superior do Trabalho, é expressivo. De seu texto original tirava-se não ser devido o pagamento de férias proporcionais ao empregado que se demitia com menos de um ano de tempo de serviço²⁷. A partir da redação que lhe foi dada pela Resolução Administrativa n. 121, no entanto, chega-se ao resultado exatamente oposto²⁸. O exemplo torna-se ainda mais frisante quando se observa que, antes da modificação, provocada pela ratificação da Convenção 132, da Organização Internacional do Trabalho²⁹, nem mesmo se punha em dúvida ou se criticava a solução dominante³⁰. Não foi diverso o que ocorreu ao tempo da edição do Enunciado 330. A solução nele acolhida³¹ não apenas contrastava com a eficácia conferida pela lei à quitação trabalhista, nos termos do art. 477, § 2º, da CLT, como, ainda mais, desconsiderava toda a construção criada em torno do Enunciado 41, aceita em doutrina³² e aplicada, sem oposição, pela jurisprudência. Outro exemplo é ainda fornecido pela Súmula 191,

115).

²⁷Disponha o Enunciado 261, na redação dada pela Resolução n. 9, de 1986: “O empregado que, espontaneamente, pede demissão, antes de completar doze meses de serviço, não tem direito a férias proporcionais”.

²⁸A nova redação da Súmula 261 tem o seguinte teor: “O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais”.

²⁹Arnaldo Sussekind, Curso de direito do trabalho, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 492.

³⁰Veja-se, por exemplo, o que escreveram Amauri Mascaro do Nascimento (Iniciação ao direito do trabalho, São Paulo, LTr, 2004, p. 401) e Mauricio Godinho Delgado (Curso de direito do trabalho, São Paulo, LTr, 2002, p. 960).

³¹“A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas”.

³²Arnaldo Sussekind, Instituições de direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1997, vol. 1, p. 227 e segs.

do Tribunal Superior do Trabalho, que ampliou a base de incidência do adicional de periculosidade para o eletricitário.

5. Aplicação retroativa da jurisprudência e segurança jurídica.

Demonstrado que a jurisprudência cristalizada nos tribunais nem sempre representa a consolidação de entendimento gradualmente sedimentado, torna-se evidente que os mesmos problemas provocados pela aplicação retroativa das normas legais podem ocorrer quando aplicadas novas orientações, firmadas por decisões judiciais, a fatos pretéritos.

Realmente, a aplicação retroativa de nova interpretação jurisprudencial compromete, tanto quanto a aplicação retroativa da lei, a estabilidade das relações jurídicas e atenta contra o ideal de segurança. A experiência vivenciada em torno da Orientação Jurisprudencial n. 320, da Subseção de Dissídios Individuais I³³, exemplifica bem a assertiva. Editado o verbete, passou-se a admitir sua incidência não apenas prospectiva como, também, retroativa, inclusive para reger o exame da admissibilidade de recursos interpostos muito tempo antes. Em conseqüência, impugnações que, segundo as regras até então adotadas e aplicadas, teriam de ser consideradas regulares, passaram a ser julgadas, sem nenhuma oportunidade para retificação dos atos praticados, intempestivas³⁴. As numerosas dificuldades que essa solução gerou levaram ao

³³Preceituava o verbete: “O sistema de protocolo integrado, criado pelos Tribunais Regionais do Trabalho, que autoriza as Varas localizadas no interior do Estado a receberem e a protocolarem documentos de natureza judiciária ou administrativa, destinados a outras Varas ou ao TRT local, tem aplicação restrita ao âmbito de competência do Tribunal que o editou, não podendo ser considerado válido em relação a recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

³⁴Cf., por exemplo, A-RR n. 816.187/01, 4ª T., Rel. Min. Milton Moura França, julg. em 30.06.04 in DJU de 13.08.04.

cancelamento do verbete jurisprudencial³⁵, o que mostra o efeito potencialmente perturbador à estabilidade jurídica, envolvido na aplicação retroativa da jurisprudência.

Tenha-se em conta, a propósito, que constitui a segurança uma das finalidades mais relevantes de qualquer sistema jurídico, em todos os tempos e nos mais diferentes povos. Nada importa propicie equilibradas relações entre as pessoas a regulamentação em dado momento posta, se não puder oferecer também alguma segurança. Há quem chegue a alçar a segurança à condição de principal e mais elevado valor do direito. Bentham, por exemplo, já se referia à segurança como “*the principal object of the law*”³⁶. Radbruch, a seu turno, diz que “é mais importante que exista, primeiro que tudo, uma ordem jurídica, do que estar a discutir desde logo a sua justiça e recta finalidade; porque, se estas - a justiça e a recta finalidade - são realmente duas grandes preocupações do direito, todavia, são secundárias, sendo antes primacial, no sentir de todos, a da segurança e da paz social”³⁷. Ainda que por si só não seja a segurança bastante - faz-se necessária também “a ordem intrínseca, que é dada pelo sistema jurídico no que contém de provimento, em si mesmo”³⁸ -, se não há segurança, “a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem”³⁹, o que também foi reconhecido pela Corte Constitucional italiana, na

³⁵Cf. decisão de 02.09.04, proferida pelo Tribunal Pleno, nos autos do RR n. 615.930/99 in DJU de 14.09.04.

³⁶*The theory of legislation*, London, Routledge & Kegan Paul, 1931, p. 109.

³⁷Filosofia do direito, São Paulo, Saraiva, 1937, p. 103/104.

³⁸Pontes de Miranda, Sistema de ciência positiva do direito cit., tomo IV, p. 195.

³⁹Oliveira Ascensão, O Direito - Introdução e teoria geral, Coimbra, Almedina, 1991, p. 184. Para maior desenvolvimento do tema, cf. Flavio Lopez de Oñate, *La certeza del diritto*, Roma, Gismondi, 1950, *passim*, bem como a obra *Le but du droit: bien commun, justice, sécurité*, publicação do Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris, Sirey, 1938.

sentença n. 349, de 1985, *verbis*: “*l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica...costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*”⁴⁰.

Pois bem, a jurisprudência que se acha assente e sedimentada, tanto mais a dos tribunais superiores, especialmente aquela compendiada em verbetes publicamente divulgados, cria expectativas, produz confiança, induz comportamentos. Agem as pessoas supondo – e com razão – segura a decisão que tomam em harmonia com o entendimento dominante, pois, como adverte Harry Wellington, “*a court’s decision purports to justify the result in the controversy before it and to guide the behavior of others – whether private individuals, corporate officers, or public officials – who someday may wish to avoid similar controversy*”⁴¹. Não é possível desprezar impunemente a expectativa legitimamente criada na sociedade, desconsiderar a confiança produzida, ignorar os comportamentos adotados segundo o que na altura se dizia e apregoava ser correto. Fazê-lo compromete a própria autoridade dos tribunais e a credibilidade das respectivas decisões, que deixam de servir ou de ser vistas como guia seguro para o comportamento das pessoas. Como realçado em pronunciamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “*considerations of fairness dictate that individuals should have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly; settled expectations should not be lightly disrupted*”⁴².

Por isso, encontram-se vários pronunciamentos, na jurisprudência norte-americana, contrários à adoção retroativa da

⁴⁰Decisão de 12 de dezembro de 1985, relatada por Saja-Greco, publicada na *Gazzetta Ufficiale* n. 1/1, de 8 de janeiro de 1986. Cf, ainda, W. M. Geldart, *Elements of english law cit.*, p. 16.

⁴¹*Interpreting the Constitution*, New Haven & London, 1990, Yale University Press, p. 3.

⁴²*Landgraf v. USI Film Products*, 511 U. S. 265.

orientação em contraste com a diretriz até então prevalecente. No caso *Douglass v. County of Pike*, decidido em 1880, assinalou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, com ênfase e firmeza: “*The true rule is to give a change of judicial construction in respect to a statute the same effect in its operation on contracts and existing contract rights that would be given to a legislative amendment; that is to say, make it prospective, but not retroactive...The new decisions would be binding in respect to all issues of bonds after they were made; but we cannot give them a retroactive effect without impairing the obligation of contracts long before entered into. This we feel ourselves prohibited by the Constitution of the United States from doing*”⁴³. Já em *Ohio Ins. Co. v. Debolt*, de 1853, coube ao juiz Taney advertir: “*The sound and true rule is, that if the contract when made was valid by the laws of the State, as then expound by all departments of its government, and administered in its courts of justice, its validity and obligation cannot be impaired by any subsequent act of the legislature of the State, or decision of its courts, altering the construction of the law*”⁴⁴. A diretriz emergente dos julgados citados recebeu o apoio da doutrina, que nela reconheceu decisiva contribuição para promover “*business confidence and justice*”⁴⁵, evitando-se instabilidade e incertezas decorrentes de oscilações jurisprudenciais. Assinalou-se mesmo que, “*but whatever reason the courts give, they do not, with but few exceptions, allow a change of construction of a statute or constitutional provision to retroact to the impairment of rights acquired in reliance on the first construction*”⁴⁶.

⁴³101 U. S. 677.

⁴⁴*Apud* Wilbur Lerremore, *Stare decisis and contractual rights*, Harvard Law Review, vol. 22, p. 186.

⁴⁵Wilbur Lerremore, *Stare decisis and contractual rights cit.*, p. 189.

⁴⁶Robert Hill Freeman, *The protection afforded against the retroactive operation of an overruling decision*, Columbia Law Review, vol. 18, p. 243. Na mesma linha, cf. Oliver P. Field, *The effect of an unconstitutional statute*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1935, p. 197.

Em outra oportunidade, estabeleceu ainda a Suprema Corte dos Estados Unidos da América a não aplicação retroativa de decisão em que afirmara inválido o critério adotado por lei estadual para a cobrança de certo tributo, afastando a obrigação de repetição dos recolhimentos feitos. Considerou que havia o legislador estadual agido de acordo com o entendimento até então dominante, sendo imprevisível a mudança de orientação, o que tornaria iníquo e socialmente danoso aplicar a nova diretriz para reger fatos passados. Trata-se da decisão tomada em *American Trucking Assns., Inc. v. Smith*, em cuja fundamentação afirma-se: *“Where a State can easily foresee the invalidation of its tax statutes, its reliance interests may merit little concern, see McKesson, ante, at 4446, 50. By contrast, because the State cannot be expected to foresee that a decision of this Court would overturn established precedents, the inequity of unsettling actions taken in reliance on those precedents is apparent. Although at this point the burden that the retroactive application of Scheiner would place on Arkansas cannot be precisely determined, it is clear that the invalidation of the State's HUE tax would have potentially disruptive consequences for the State and its citizens. A refund, if required by state or federal law, could deplete the state treasury, thus threatening the State's current operations and future plans...”*⁴⁷.

Embora muitas outras vezes tenha a Suprema Corte dos Estados Unidos da América adotado solução diversa, admitindo a aplicação retroativa das novas construções jurisprudenciais⁴⁸, chegou, em alguns casos, ao extremo de estender ao campo processual penal a preocupação com a preservação do decidido de acordo com o entendimento ante então dominante, ainda que da observância das novas diretrizes pudesse até resultar solução

⁴⁷496 U.S. 167.

⁴⁸A propósito, com extensa exposição do assunto, Laurence H. Tribe, *American constitutional law*, New York, Fondation Press, 2000, p. 218.

favorável ao acusado, inclusive com anulação de penas impostas⁴⁹. No julgamento *DeStefano v. Woods*, por exemplo, assentou que o reconhecimento do direito do acusado de ser processado perante o júri popular mesmo na Justiça dos Estados, afirmado em *Duncan v. Louisiana*⁵⁰, não poderia ser invocado retroativamente, para anular condenações firmadas por juízos singulares⁵¹. Também os tribunais franceses já deixaram de aplicar retroativamente jurisprudência em matéria penal, quando a ação foi praticada de boa-fé, “*sur la base de l’interprétation alors admise de la loi*”⁵².

6. Caráter não necessariamente retroativo da jurisprudência no direito brasileiro.

Afastar a idéia do caráter necessariamente retroativo da jurisprudência é também justificável em face do direito brasileiro.

De um lado, exteriorizando a regra de preservação dos fatos já consumados, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, elemento essencial à própria idéia de direito, e, ainda mais, garantia fundamental estabelecida em favor de todos, deve merecer interpretação ampla, como é próprio das normas sobre garantias fundamentais. As exceções à sua aplicação recebem sempre tratamento restritivo⁵³, podendo-se afirmar, em conseqüência, que proíbe a Constituição o atentado a situações consolidadas praticado quer por norma legal, quer por reversão da jurisprudência.

⁴⁹*Schriro v. Summerlin*, 000 U.S. 03-526.

⁵⁰391 U.S. 145.

⁵¹392 U.S. 631. Para outros desdobramentos do problema, cf. David P. Curie, *The Constitution in the Supreme Court – The Second Century*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990, p. 451 e segs.

⁵²*Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Sirey, 1964, p. 781.

⁵³Cf., a propósito, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, tomo IV, p. 307.

Ademais, não é razoável e tampouco lógico entender-se que a lei – fonte normativa por excelência no Estado de Direito, que está apta a mais amplamente modificar o ordenamento jurídico, ressalvados apenas os limites impostos pela própria Constituição – não possa, nem mesmo quando reconhecido o seu caráter imperativo e de ordem pública, atentar contra atos passados⁵⁴, e, ao mesmo tempo, tolerar-se que a jurisprudência, que nem mesmo seria fonte normativa, segundo afirmam alguns⁵⁵, o faça. Não se concebe – uma vez que se aceite separar lei de jurisprudência – tenha a última maior eficácia do que a primeira, nem se justifica tratar de maneira diferenciada a mudança provocada por reversão da jurisprudência e a que decorre de alteração legislativa. Talvez por isso o Supremo Tribunal Federal alemão haja declarado possível “aplicar, por analogia, a uma mudança da jurisprudência os princípios que hão de ter-se em conta no caso de leis retroactivas”, como lembra Karl Larenz⁵⁶.

Nem cabe dizer que, reconhecido o desacerto da jurisprudência até então prestigiada, não devem os julgamentos subseqüentes ficar vinculados ao passado. O argumento já foi utilizado, é verdade, por Mailher de Chassat para explicar o efeito

⁵⁴Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, “as normas de ordem pública - que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade” (STF - 1ª T., RE n. 180.441-6, Rel. Min. Celso de Mello D.J.U. de 14.03.97, p. 6.915).

⁵⁵Por exemplo, Julien Bonnetcase, *Introduction à l'Etude du Droit*, Paris, Risey, 1939, n. 114, p. 152, Roberto Ruggiero e Fulvio Maroi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1952, *volume primo*, § 12, p. 27. Na doutrina nacional mais antiga, Eduardo Espínola, *Systema do direito civil brasileiro*, São Paulo, Francisco Alves, 1917, volume primeiro, p. 58 e nota 9.

⁵⁶Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 526.

retroativo das novas construções jurisprudenciais. “*Une simple usage, une simple jurisprudence contraire* – escreveu ele – *quelque ancienne que’elle soit, ne peut limiter le pouvoir du juge; il ne peut être lié par sa propre erreur...*”⁵⁷. Há, no entanto, equívoco na proposição, que não distingue dois problemas diferentes. Um é a possibilidade de mudança de orientação pelos tribunais, o que ninguém nega seja cabível⁵⁸. Outro é saber se, verificada a mudança, devem ser regidos pela nova orientação também os fatos pretéritos ou apenas os que se verificarem depois dela. E aqui a vinculação dos tribunais à jurisprudência anterior não deve ser posta completamente de lado, ainda que agora se tenha por incorreta a antiga diretriz.

Isso porque até o erro cometido pela autoridade pública cria expectativas entre as pessoas, as quais não podem ser impunemente desprezadas. Nas palavras de D. J. Galligan, “*when a minister or other authority gives an undertaking that certain procedures will be followed before or in the course of a decision, it would be unfair to go back on that undertaking*”⁵⁹.

Eis a razão para que, mesmo em casos muito mais flagrantes, claros e manifestos de erros cometidos por autoridades, inclusive no âmbito judicial, se consideram com particular deferência os comportamentos a partir deles induzidos por informações oficiais. Mencione-se, como exemplo, a incorreta e mais larga assinalação, no mandado judicial de citação, de prazo para apresentação de contestação. Ainda que se trate de impropriedade de fácil percepção – vislumbrando-se até a

⁵⁷*Traité de la rétroactivité des lois*, Paris, Durand, 1845, I, p. 144.

⁵⁸A *House of Lords* inglesa, que durante longo período se considerava vinculada à sua jurisprudência, descartou tal idéia em 1966, para admitir o abandono das posições afirmadas pela própria corte (cf. Julius Stone, *1966 and all that! Loosing the chains of precedent*, *Columbia Law Review*, vol. 69, p. 1.162 e segs.).

⁵⁹*Due process and fair procedures*, Oxford, Claredon Press, 1996, p. 321.

possibilidade de invocação, contra o aproveitamento do prazo excedente mencionado no mandado, da regra do art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil -, os tribunais sempre preferiram tutelar o comportamento induzido pela informação inadequada⁶⁰. E hoje já se vai por vezes além, para admitir até mesmo a eficácia das informações que, conquanto desprovidas de qualquer caráter oficial, como aquelas decorrentes das páginas dos tribunais na internet, levam as pessoas ao erro⁶¹.

⁶⁰“Cédula de crédito industrial. Execução. Decreto-Lei n. 413, de 9.1.1969. Prazo para embargos. Súmula 283. Se do mandado de citação constou o prazo de dez dias, e os embargos foram opostos dentro dele, não pode sofrer o embargante os efeitos da revelia. Circunstancia excepcional que o acórdão levou em consideração e que constituiu o fundamento suficiente para sua conclusão.” (STF - 2ª T., RE n. 111.802/SP, Rel. Min. Carlos Madeira, julg. em 27.03.87 in DJU de 10.04.87, p. 6.423). Outros precedentes são referidos por Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 211, nota 8 ao art. 225. Referendando o entendimento, em doutrina, Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, Comentários ao Código de Processo Civil, Porto Alegre, LeJur, 1985, vol. III, p. 322.

⁶¹“Processual civil. Contagem de prazo para contestação. Serviço oficial de informática. Informação equivocada. É justificável o equívoco cometido pela parte fora do prazo regular se a tanto foi induzida por informação errada ou imprecisa obtida no serviço oficial de informações posto à disposição das partes e dos seus advogados pelo próprio Poder Judiciário.” (STJ - 4ª T., REsp n. 538642/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. em 09.09.2003 in DJU de 28.10.2003 p. 294); “Processo civil - Acompanhamento processual pelo sistema de informatização do tribunal (internet) - Informação errônea ou imprecisa, de modo a obstar a prática de ato processual em tempo - pretendido reconhecimento de justa causa - Acolhimento - Recurso especial provido. - Se colocado à disposição o serviço de internet pelo Tribunal, deve ser prestado eficazmente, pois todos os jurisdicionados confiam nas informações prestadas. A propósito, a ilustre Ministra Eliana Calmon, em situação ocorrida neste Sodalício, elucidou que, “no momento em que há publicação das decisões pela internet, tendo criado o Tribunal, inclusive, a Revista Eletrônica, é um contrasenso falar em tempestividade recursal a partir da publicação pelo DJU”. Em outro passo, com a mesma ênfase, adverte a douta Ministra que “a demora na

Também se aceita, no âmbito administrativo, imposição de temperamento ao enunciado abrangente da Súmula n. 473, do Supremo Tribunal Federal, contrária à aquisição de direitos em virtude de atos administrativos inválidos⁶², para salvaguardar, em respeito à necessidade de segurança jurídica, situações consolidadas por longo período de tempo, ainda que questionáveis na origem. Veja-se, a título ilustrativo, a seguinte ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal: “Mandado de Segurança...Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos...Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente...Princípio

publicação das decisões, via Imprensa Oficial, não coloca o Judiciário em condições de cobrar dos causídicos o acompanhamento das lides pelo Diário Oficial” (cf. Ag. Reg. Nos Emb. Decl. no REsp 262.316-PR, DJ 7/10/2002). As informações que foram apresentadas de modo incorreto ou impreciso pelo serviço de informatização, configuram justa causa a autorizar que a parte prejudicada pratique o ato que deixou de efetivar quando induzida em erro. Precedentes da 1ª e 4ª Turmas desta Corte Superior de Justiça. - Recurso especial conhecido e provido.” (STJ - 2ª T., REsp n. 557.103, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. em 01.04.2004 in DJU de 09.08.2004 p. 221) e “Processual - Prazo - Justa causa - Informações prestadas via internet - Erro - Justa causa - Devolução de prazo - CPC, art. 182. Informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança. Bem por isso, eventual erro nelas cometido constitui “evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato.”. Reputa-se, assim, justa causa (CPC, Art. 183, § 1º), fazendo com que o juiz permita a prática do ato, no prazo que assinar. (Art. 183, § 2º).” (STJ - 1ª T., REsp n. 390.561, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 18.06.2002 in DJU de 26.08.2002, p. 175).

⁶²“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...”.

da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público... ”⁶³.

Ademais, admitida a hipótese de não se aplicarem retroativamente as novas diretrizes jurisprudenciais, torna-se ainda mais fácil – e não mais difícil, como pareceu a Mailher de Chassat – a correção dos erros cometidos. Atribuindo-se à jurisprudência eficácia necessariamente retroativa, são maiores os transtornos e os problemas advindos de sua mudança, que, de um modo ou de outro, produz instabilidade e frustra legítimas expectativas criadas, como exposto acima. Em conseqüência, maior é a resistência à evolução. Tendem os tribunais a manter a linha seguida até então, não tanto ou nem sempre por conta de seus méritos intrínsecos, mas em decorrências dos inevitáveis inconvenientes práticos da alteração. O mesmo não ocorre, porém, quando aceita a possibilidade de aplicação das novas diretrizes tão somente de forma prospectiva.

7. Restrições à aplicação retroativa da jurisprudência no direito brasileiro.

A irrestrita aplicação retroativa da jurisprudência suscita, como visto, graves problemas práticos, comprometendo a segurança jurídica. Por isso, a despeito do entendimento geralmente dominante nos tribunais, encontram-se, também no sistema jurídico brasileiro, restrições a esse resultado. Algumas estão expressas no próprio direito positivo. Outras são criadas pela doutrina e pelos tribunais, de modo casuístico, para evitar prejuízos sociais relevantes.

⁶³STF – Tribunal Pleno, MS n. 24.268/MG, Rel. Desig. Min. Gilmar Mendes, julg. em 05.02.04 in DJU de 17.09.04, p. 53.

Como exemplo de proibição, expressa no ordenamento vigente, de aplicação retroativa de nova interpretação jurisprudencial, há a regra do inciso XIII, do parágrafo único, do art. 2º, da Lei n. 9.784, de 1999. Ao tratar dos princípios aplicáveis ao processo administrativo no âmbito federal, vedou o legislador a “aplicação retroativa de nova interpretação”. Enunciou, no fundo, regra que constitui verdadeira norma de caráter geral e abrangente, cujo significado vai muito além do objeto especificamente regulado.

Entre as exceções criadas pelos próprios tribunais à aplicação retroativa da jurisprudência coloca-se, em primeiro lugar, o caso da ação rescisória fundada em ofensa à lei (art. 485, inciso V, do CPC). Proferida certa decisão e verificado o seu trânsito em julgado ao tempo em que controvertido o significado da lei, a posterior consolidação de entendimento contrário ao decidido não permite rescisão do julgado, como assentado em vários precedentes⁶⁴, inclusive na Súmula 83, do Tribunal Superior do

⁶⁴Assim, por exemplo, o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal: “Ação rescisória. Improcede a ação rescisória quando a decisão rescindenda foi proferida de conformidade com a jurisprudência dominante na época” (STF – TP, AR n. 957/GB, Rel. Min. Cunha Peixoto, julg. em 25.11.81 DJU de 18.12.81, p. 12.936). Cf., ainda, pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça: “Descabe a rescisória se à época da decisão rescindenda a interpretação era controvertida nos tribunais, mesmo que posteriormente se tenha fixado em sentido oposto” (STJ – 2ª Sec., AR n. 159/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 08.11.89, DJU de 04.12.89, p. 17.872). Na mesma linha, no campo trabalhista, cf. TST – SDI II, Prc. ROAR n. 571170/99, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, julg. em 28.11.00, DJU de 02.02.01, em que se rejeitou pedido de rescisão de julgado proferido em desacordo com a jurisprudência sedimentada, diante do seguinte fundamento “Muito embora a matéria encontre hoje entendimento majoritário neste Tribunal, no sentido de que a Lei nº 4.950-A/66 não estipula a jornada mínima reduzida para os engenheiros, mas apenas estabelece o salário mínimo da categoria para uma jornada de 6 (seis) horas,(Orientação Jurisprudencial nº 39 desta E. SBDI-II, inserido em 7/11/94), a controvérsia à época da prolação da decisão rescindenda

Trabalho⁶⁵, e, ainda, na Súmula 134, do Tribunal Federal de Recursos⁶⁶. Tivesse a jurisprudência caráter necessariamente retroativo, não se justificaria a apontada restrição. Afinal, seria irrelevante a controvérsia antes existente, diante de sua superação pela orientação por fim acolhida, dotada, em tese, de efeito retroativo. A observação feita por Pontes de Miranda, no particular, é irresponsável: “na matéria do art. 485, V, o juiz tem de dizer o direito, tal como entende que é e foi violado, sem se preocupar com o fato de existir, ou não, interpretação divergente...Seria bem frágil o sistema jurídico - prossegue, em termos ainda mais severos - se ao simples fato do erro, da meia-ciência, ou da ignorância de aplicadores e intérpretes, as suas regras jurídicas pudessem empanar-se, encobrir-se, a ponto de não se poder corrigir a violação da lei”⁶⁷. A necessidade de segurança jurídica, contudo, mais marcadamente presente no instituto da coisa julgada⁶⁸, impõe

é que obsta o cabimento da Ação Rescisória, nos termos do Enunciado nº 83 da Súmula deste Tribunal”. De se mencionar, por fim, a Súmula n. 3, do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “Descabe o ajuizamento de ação rescisória quando fundado em nova adoção de interpretação do texto legal”.

⁶⁵“Ação rescisória. Matéria controvertida. I - Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais. II - O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida”.

⁶⁶“Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor”.

⁶⁷Tratado da ação rescisória, Rio de Janeiro, Forense, 1976, § 24, p. 275/276.

⁶⁸Lembre-se, ainda que apenas de passagem, a observação da Suprema Corte dos Estados Unidos em torno do fundamento da imutabilidade da coisa julgada: “*public policy dictates that there be an end of litigation; that those who have contested an issue shall be bound by the result of the contest; and that matters once tried shall be*

afastar no caso – e aqui os tribunais admitem, sem resistência, a conclusão – a aplicação retroativa da jurisprudência.

Não apenas na hipótese da ação rescisória, todavia, deixam os tribunais de lado a eficácia retroativa da jurisprudência, que em outras circunstâncias procuram sempre afirmar. Algumas vezes ressalvam atos praticados nos termos do entendimento antes dominante, a despeito de ser ele agora considerado até mesmo inconstitucional. Foi o que se deu quando cancelada a Súmula 394, do Supremo Tribunal Federal. Conquanto se tenha afirmado não se harmonizar com a Constituição a competência por prerrogativa de função, após cessado o exercício do cargo ou mandato, ressalvou-se a plena validade dos atos praticados de acordo com a diretriz até então vigente⁶⁹. Seria difícil encontrar exemplo mais marcante, significativo e relevante de não aplicação retroativa da jurisprudência. A hipótese envolve competência funcional, de caráter absoluto, portanto, e, ainda, afirmação de inconstitucionalidade da jurisprudência anterior. Partindo-se da

considered forever settled as between the parties” (Baldwin v. Iowa State Traveling Men's Ass'n - 283 U.S. 522).

⁶⁹O acórdão do Supremo Tribunal Federal tem a seguinte ementa: “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...A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988...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...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...Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou.” (STF - Plenário, Inq n. 687 QO/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. em 25.08.99 in DJU de 09.11.01, p. 44).

idéia de que a inconstitucionalidade é vício jurídico da enorme gravidade, a nova diretriz teria de se revestir de eficácia retroativa, em homenagem, inclusive, à força normativa da Constituição. O próprio Supremo Tribunal Federal ressaltou o ponto, ao registrar, em outro julgamento: “Atos inconstitucionais são... nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados...”⁷⁰. A prevalência da solução inconstitucional por algum tempo, ou mesmo por muito tempo – tal como no caso da Súmula 394, que, aprovada em abril de 1964, vigorou por mais de três décadas, uma delas após a vigente Constituição –, nem deveria ter relevância, segundo a concepção tradicional, para elidir o efeito retroativo da decisão tomada, pois, como assinalou a Corte Suprema dos Estados Unidos, “*that an unconstitutional action has been taken before surely does not render the same action any less unconstitutional at a later date*”⁷¹. Negou o Supremo Tribunal Federal, porém, efeito retroativo à nova jurisprudência resultante do cancelamento da Súmula 394, em atenção exatamente aos graves problemas práticos que solução diversa produziria, problemas relacionados com anulação dos atos processuais praticados, com risco, inclusive, de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Ou seja, para preservar o interesse público e salvaguardar a estabilidade das relações jurídicas, limitou-se, em última análise, a eficácia da própria Constituição, admitindo prevalecesse, em relação aos atos já praticados, entendimento em confronto com o seu texto, ao menos segundo a interpretação

⁷⁰STF – Pleno, ADIQUO n. 652, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 02.04.92 in DJU de 02.04.93, p. 5.615. Na linha dessa decisão há a doutrina de Cooley, para quem falar em lei inconstitucional seria até mesmo contraditório, pois não é lei o que contraria a Constituição (*A treatise on the constitutional limitations*, Boston, Little, Brown, and Company, 1868, p. 3).

⁷¹*Powell v. McCormack* (395 U.S. 486).

agora dominante, resultado que Karl Larenz justifica com a seguinte observação: “à Constituição cabe uma elevada função de estabilização, pelo que a sua alteração no procedimento legislativo está dependente de pressupostos especiais. Também existem limites à sua modificação por via de uma interpretação nova”⁷².

Aliás, que o interesse público algumas vezes imponha, de modo inafastável, restrições à eficácia temporal das decisões judiciais, está demonstrado pela regra do art. 27, da Lei n. 9.868. Limita-se o efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade, tomada em controle concentrado, por conta, nem mais nem menos, de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”⁷³. E o Supremo Tribunal Federal já estendeu a solução, prevista, pelo legislador, apenas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, também ao controle realizado de forma difusa, para afastar “grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente” e preservar o “interesse público”⁷⁴.

Também no direito português permite-se que, em atenção a “razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo”, seja limitada a normal eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade pronunciada com força obrigatória geral, declaração que, em circunstâncias normais, deveria produzir efeito

⁷²Metodologia da Ciência do Direito cit., p. 425.

⁷³Para aprofundado exame do problema, com ampla e abrangente exposição, cf. Rui Medeiros, A decisão de inconstitucionalidade – Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 535 e segs.

⁷⁴STF – RE n. 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 06.06.02 in DJU de 07.05.04, p. 8. Igualmente afastando a eficácia retroativa de declaração de inconstitucionalidade, a fim de preservar “a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos”, STF, 2ª T., RE n. 105.789/MG, Rel. Min. Carlos Madeira, julg. em 15.04.86 in DJU de 09.05.86, p. 7.629.

“desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional”⁷⁵. Em dada ocasião, o Tribunal Constitucional, valendo-se da prerrogativa que lhe foi conferida pela Constituição portuguesa, assentou: “Não há dúvida de que razões de equidade e de segurança jurídica justificariam, no caso vertente, a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade, de modo a salvaguardar os contratos celebrados e, provavelmente, executados antes da declaração. Tais contratos geraram direitos, para as partes neles envolvidas, cuja afectação contendria com as exigências de equidade e de segurança jurídica”⁷⁶.

Para finalizar cabe lembrar a interpretação dada pela doutrina ao art. 100, inciso III, do Código Tributário Nacional⁷⁷, segundo a qual, em matéria de aplicação da legislação tributária, “novas diretrizes não podem prejudicar o contribuinte, que agiu de acordo com critérios anteriores, predominantes ao tempo da ocorrência do fato imponível, ainda que disso possa ter resultado falta ou insuficiência no recolhimento do tributo”⁷⁸. É que “a interpretação fazendária dada à legislação tributária, mesmo quando eivada de erro, é vinculante em relação a eventos pretéritos”⁷⁹.

⁷⁵As citações referem-se ao texto dos itens 4 e 1, respectivamente, do art. 282º, da Constituição portuguesa. Cf. novamente, Rui Medeiros, A decisão de inconstitucionalidade - Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei cit., p. 535 e segs.

⁷⁶Processo n. 3/93, Acórdão n. 308/93, decisão de 20.04.93. Vários outros precedentes podem ser encontrados em J. J. Almeida Lopes, Constituição da República Portuguesa, Coimbra, Almedina, 2005, p. 931 e seguintes.

⁷⁷“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:...III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”.

⁷⁸Eduardo Domingos Bottallo, Processo administrativo tributário, São Paulo, 2005, s. e. p. (tese), p. 131.

⁷⁹Eduardo Domingos Bottallo, Processo administrativo tributário cit., p. 131.

8. Conclusão.

Em síntese, tal como não pode a lei nova comprometer o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, a mudança da jurisprudência não deve ser aplicada, indiscriminadamente e sem ressalvas, de forma retroativa, de modo a frustrar expectativas legitimamente criadas ou a infirmar comportamentos induzidos pelas decisões anteriores dos tribunais. Há casos em que não é possível sujeitar à nova jurisprudência situações já consolidadas. Quais são esses casos é algo que, depois de aceita a tese do caráter não necessariamente retroativo da jurisprudência, será preciso examinar com mais atenção.