

O controle das expectativas dos jurisdicionados: impedindo o *venire contra factum proprium* do Poder Judiciário.

Autor: Rafael Santos de Barros e Silva¹

SUMÁRIO: 1. Resumo / Abstract. 2. Introdução. 3. A Segurança Jurídica como fundamento do Ordenamento Jurídico 4. A proibição do *venire contra factum proprium* como manifestação da Segurança Jurídica 5. Aplicação do instituto aos atos do Poder Judiciário. 6. Notas sobre o tema no âmbito do direito norte-americano. 7. Instrumentos de proteção das expectativas dos jurisdicionados e impeditivos dos atos contraditórios utilizados nas Cortes brasileiras 8. Conclusões. 9. Bibliografia.

1. RESUMO / ABSTRACT

O presente trabalho analisa a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* perante o Poder Judiciário, especificamente no âmbito das Cortes Superiores.

O órgão julgador, enquanto sujeito da relação processual, também deve respeito ao Princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, uma vez que seus atos também geram expectativas não apenas nas partes do processo, mas para a sociedade como um todo.

As decisões das cortes superiores extrapolam o mero interesse das partes do processo, na medida em que representam pautas gerais para a sociedade. Aquele que foi guiado por uma dessas pautas não pode ser surpreendido com sua abrupta revogação.

O que se defende é a modulação temporal dos efeitos da decisão, sempre que essa implicar uma alteração de jurisprudência de Corte Superior, representando a prospectividade não um ato discricionário do órgão julgador, mas um direito dos jurisdicionados.

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

¹ Procurador do Distrito Federal. Professor voluntário da Universidade de Brasília - UnB. Advogado. Membro do Grupo de Estudos em Direito Processual Civil da UnB – Gepro/UnB.

This article analyses the application of forbidden of *venire contra factum proprium* for judiciary's acts, specially in the range of superior courts, as a way to protect the expectation of citizens.

The judge, while subject of process relation, has to respect the principle of *nemo potest venire contra factum proprium*, since your acts also imply expectations not only to the parts of process, but also to the society in general.

Decisions of superior courts go beyond the interests of the parts in process, they represent general staves directed for all society. Who is guided for one of that staves can not be surprised for one abrupt change.

What is defended is the prospectivity of decision's effects, as a right of citizens, always that a change of jurisprudence is held for a superior court.

Keywords: *Venire contra factum proprium*. Jurisprudence exchange. Legal security.

2. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por escopo realizar uma investigação a respeito dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que servem ao controle das expectativas dos cidadãos a respeito das decisões judiciais, garantindo, assim, maior estabilidade às relações jurídicas. A ideia aqui desenvolvida teve origem nos estudos realizados nas disciplinas ministradas pelos professores Jorge Amaury Nunes e Gilmar Ferreira Mendes, na pós-graduação da UnB.

O Princípio da Segurança Jurídica é um dos fundamentos de um ordenamento jurídico inserido em um Estado Democrático de Direito e representa uma garantia muito mais ampla do que os institutos da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. O referido princípio será aqui analisado sob o aspecto da proteção dos jurisdicionados contra decisões surprestantes das Cortes Superiores em relação às quais as partes teriam uma legítima expectativa decorrente de manifestações judiciais pretéritas, mas que acaba por ser frustrada. Assim, analisar-se-á a proteção das expectativas geradas por decisões judiciais, de forma a impedir ou, ao menos, minimizar a

ocorrência de um *venire contra factum proprium* no âmbito do Poder Judiciário, especificamente perante os Tribunais Superiores.

O que aqui se defende é o reconhecimento da existência de uma proibição ou, ao menos, uma limitação, de atos contraditórios na orientação pretoriana formada perante os tribunais superiores, como forma de conferir segurança jurídica aos cidadãos.

Nada obstante o presente trabalho representar apenas um esboço de ideias, buscar-se-á firmar premissas, delimitar problemática, sua relevância – acadêmica e pragmática – e indicar, ainda que de maneira incipiente, sugestões de solução que se afigurem possíveis.

3. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O instituto da Segurança Jurídica, dentro de uma perspectiva de Ordenamento Jurídico na visão de Bobbio, 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 como fundamento (causa, razão) do Ordenamento, tenha, ou não, sede constitucional.

Diante dessa perspectiva, não se cogita falar em “Princípio da Segurança Jurídica do contribuinte”, “do administrado”, “do consumidor” ou congêneres. A segurança jurídica é do Ordenamento e não serve para protegê-lo, antes, serve-lhe de fundamento.

A doutrina do direito adquirido tem-se mostrado insuficiente à completa proteção dos cidadãos contra a alteração de situações consolidadas, já que determinadas situações 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.

Assim, o Princípio da Segurança Jurídica, que possui assento constitucional no Princípio do Estado de Direito, tem servido à proteção de situações não abarcadas pelo direito adquirido, conforme assinala a doutrina:

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.²

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, servindo, assim, à proteção contra as mais diversas manifestações que violam a estabilidade das relações jurídicas.

4. A PROIBIÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* COMO MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A origem do *venire* remonta ao Direito Romano, o qual, em diversas regras específicas, buscou coibir os atos incoerentes. Muitos desses preceitos encontram-se presentes nos códigos civis que tiveram influência romano-germânica: proibição de se alegar fraude contra credores por si próprio cometida, a inadmissibilidade de pedido de restituição por quem deu causa à ilicitude do negócio celebrado, o não aproveitamento do erro por aquele que o produziu, dentre outros.

Em feliz conceituação o Ministro Ruy Rosado de Aguiar assim sintetizou a

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *in* Curso de Direito Constitucional – São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 473/474. Parte do texto é uma citação da obra de Cristoph Degenhart, Staatsrecht I, 21. ed., Heidelberg, 2005, p.131 e s.

proibição do *venire*: "Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior" (REsp nº 95.539/SP, DJ 14.10.96). Comportamentos anteriores geram nos jurisdicionados uma legítima expectativa em relação às futuras decisões das Cortes Superiores para as mesmas situações já analisadas.

A proibição do *venire* decorre do Princípio da Boa-fé objetiva, positivado no Código Civil de 2002 como uma cláusula geral, e, por isso mesmo, aberta, a ser aplicada a todas as relações jurídicas. Daí o art. 187 do Novo Diploma afirmar que comete ato ilícito quem, ao exercê-lo, exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A partir de então, a boa-fé passou a ser perquirida não mais como um elemento inserido na vontade do sujeito da relação jurídica (boa-fé subjetiva), mas, sim, como um dado que é aferido objetivamente pela simples análise dos atos exteriorizados por determinado sujeito.

Dessa feita, o Princípio do *Nemo potest venire contra factum proprium* representa uma concretização dos anseios da segurança jurídica na medida em que veda a prática de comportamentos contraditórios a respeito dos quais não há previsibilidade.

Nada obstante tenha sido criado no seio das relações privatistas, notadamente no âmbito das relações contratuais, a vedação ao *venire* tem sua aplicação atual alargada para ter incidência também perante os atos praticados pela Administração Pública.

Sobre esse aspecto, vale colher o entendimento doutrinário de Judith Martins-Costa:

O Direito Administrativo e o Direito Tributário constituem campos férteis de aplicação do *venire contra factum proprium* [e, portanto, da boa-fé], uma vez que a Administração, valendo-se (por vezes de forma inadmissível) de sua posição de superioridade e da presunção de legalidade dos atos administrativos, fere direitos subjetivos dos particulares ou atropela as legítimas expectativas dos particulares que confiaram, justamente, naquela presunção de legalidade, daí a necessidade, também nessa seara, da proteção à boa-fé (A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: O renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale – Coord.

Experiências do Direito, p. 40).

A jurisprudência pátria, já há algum tempo, sufraga essa possibilidade:

REsp 47015 / SP RECURSO ESPECIAL 1994/0011462-1 Relator(a) Ministro ADHEMAR MACIEL (1099) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 16/10/1997 Data da Publicação/Fonte DJ 09/12/1997 p. 64655 RT V 00754 p. 225 RT vol. 754 p. 225 Ementa ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE PROPRIEDADE OUTORGADO PELO PODER PÚBLICO, ATRAVÉS DE FUNCIONÁRIO DE ALTO ESCALÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, OBJETIVANDO PREJUDICAR O ADQUIRENTE: INADMISSIBILIDADE. ALTERAÇÃO NO POLO ATIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL NA FASE RECURSAL: IMPOSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA O PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INSTITUIÇÃO DE PARQUE ESTADUAL. PRESERVAÇÃO DA MATA INSERTA EM LOTE DE PARTICULAR. DIREITO A INDENIZAÇÃO PELA INDISPONIBILIDADE DO IMÓVEL, E NÃO SO DA MATA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I- SE O SUPOSTO EQUÍVOCO NO TÍTULO DE PROPRIEDADE FOI CAUSADO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, ATRAVÉS DE FUNCIONÁRIO DE ALTO ESCALÃO, NÃO HA QUE SE ALEGAR O VÍCIO COM O ESCOPO DE PREJUDICAR AQUELE QUE, DE BOA-FÉ, PAGOU O PREÇO ESTIPULADO PARA FINS DE AQUISIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE QUE "MEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM" E DE QUE "MEMO CREDITUR TURPITUDINEM SUAM ALLEGANS".

II- FEITA A CITAÇÃO VALIDAMENTE, NÃO É MAIS POSSIVEL ALTERAR A COMPOSIÇÃO DOS POLOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL, SALVO AS SUBSTITUIÇÕES PERMITIDAS POR LEI (V.G., ARTS. 41 A 43, E ARTS. 1.055 A 1.062, TODOS DO CPC). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO. INTELIGENCIA DOS ARTS. 41 E 264 DO CPC. PRECEDENTE DO STF: RE N. 83.983/RJ.

III- O PROPRIETARIO QUE TEVE O SEU IMÓVEL ABRANGIDO POR PARQUE CRIADO PELA ADMINISTRAÇÃO FAZ JUS A INTEGRAL INDENIZAÇÃO DA AREA ATINGIDA, E NÃO APENAS EM RELAÇÃO A MATA A SER PRESERVADA. PRECEDENTE DO STJ: RESP N. 39.842/SP.

IV- RECURSOS ESPECIAIS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Na jurisprudência norte-americana, também são encontrados exemplos da aplicação do *venire* às relações travadas com o Poder Público³.

Assim, não apenas as relações jurídicas de direito privado estão submetidas à vedação do *venire*, também o Poder Público, quando gerar expectativas para o cidadão em decorrência de atos pretéritos, estará sujeito ao Princípio, uma vez que não há razões para que se excluam os entes públicos dos deveres de lealdade e eticidade, ao contrário, deles deve partir o exemplo.

³ Molton, Allen and Williams, Inc. v. Harris, 613 F 2d 1176 (D.C. Cir. 1980). Precedente citado em "La Doctrina de Los Propios Actos y La Administración Pública" de Hector A Mairal, Depalma: Buenos Aires, 1988, p. 48.

5. APLICAÇÃO DO INSTITUTO AOS ATOS DO PODER JUDICIÁRIO

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.

A proibição do *venire* no processo civil já foi alvo de algumas ponderações na doutrina pátria, devendo ser destacadas as contribuições de Aldemiro Rezende Dantas Jr., Fredie Didier Jr. e Anderson Schreiber. Na doutrina estrangeira, citamos Menezes Cordeiro, Alejandro Borba, Isidoro Eisner e Marcelo López Mesa.

Aplicando o princípio aos atos praticados pelas partes, Dantas Jr. o relaciona com a litigância de má-fé praticada por uma das partes:

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) (in Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé, Curitiba: Juruá, 2007, p.139).

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...(in Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”, p. 85)

A abordagem de Didier Jr. se baseia na conduta dos litigantes durante o

processo judicial com vistas a afastar a ocorrência de nulidades processuais e identificar a preclusão lógica e vai um pouco mais além, afirmando sua aplicação também 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 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*);

...
Aplicada essa regra, o autor não poderia suscitar a incompetência relativa do juízo, tendo em vista que foi ele mesmo quem escolheu o foro onde a demanda foi proposta. É também em razão disso que o executado não pode pedir a nulidade da penhora feita em bem por ele espontaneamente oferecido, mesmo que se trate de bem impenhorável.

...
Há manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que apontam no sentido da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* mesmo nos casos de defeito processual que pode gerar invalidade a qualquer tempo e *ex officio* (falta de 'pressuposto processual' de validade, por exemplo, com base no art. 249, § 2º, do CPC).

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 (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. págs. 199/207).

A perspectiva aqui analisada é diversa. A vedação à prática de atos contraditórios que se busca aplicar 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 lide, 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 adotasse posturas contraditórias. Ainda que essa realidade também deva ser tida como contrária aos postulados da Teoria dos Atos Próprios, o foco aqui estudado direciona-se a uma análise *macro* da função jurisdicional enquanto instrumento de pacificação dos conflitos intersubjetivos.

Diante da necessidade de previsibilidade a respeito de um dado provimento jurisdicional, surge a idéia de segurança jurídica frente aos atos praticados pelo Estado Juiz. Nesse sentido, leciona Jorge Nunes em sua tese de doutoramento intitulada “Segurança Jurídica à luz do poder normativo e coercitivo do judiciário: limites à decisão e à recorribilidade por meio de súmulas”, São Paulo: USP, 2007, um dos poucos trabalhos na doutrina pátria em que essa perspectiva é trabalhada:

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.

Como já 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 toleráveis⁴.

Assim, nada obstante se reconheça a existência de aspectos incontroláveis na formação da decisão judicial, esses devem ser reduzidos ao máximo, e o presente trabalho busca apontar uma nova opção de controle, a qual, acredita-se, beneficiaria todo o ordenamento e, inclusive, o próprio Poder Judiciário, que teria otimizada sua credibilidade por buscar conferir um maior sentimento de justiça às suas decisões.

O enfoque deste trabalho é a incidência do instituto sobre a criação de jurisprudência nas Cortes Superiores, as quais, pelo simples desempenho de suas atribuições, 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 tomadas 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 uma legítima expectativa nos jurisdicionados diante da previsibilidade a respeito da postura que será adotada para os casos semelhantes aos que já foram anteriormente analisados. 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 Hobbes, o juiz não pode se tornar escravo de suas decisões passadas. Mas o que se defende aqui não é essa vinculação⁵.

⁴ CARDOZO, Benjamin N. "The Nature of the Judicial Process", New Haven And London Yale University Press, 1977, p. 166.

⁵ HOBBS, Thomas. "Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado escolástico e civil". Trad. Alex

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.

Schreiber, em excelente trabalho sobre a proibição de comportamento contraditório, analisa a aplicação do *venire* sob essa perspectiva, mas conclui 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. (in *A proibição do comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 248/249).

Na doutrina estrangeira, identificamos a lição de Alejandro Borda também pela inaplicabilidade do *venire* frente a atividade jurisdicional: “Tal vez puedan existir decisiones ilícitas, que vulneren normas procesales o sustanciales, pero no advertimos la posibilidad, em principio, de que pueda invocarse la teoria de los actos propios” (in *La teoria de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993, p. 136).

Discordamos desses posicionamentos, 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.

Parece-nos mais acertada a corrente doutrinária que admite a aplicação da teoria dos atos contraditórios aos tribunais que atuam incongruientemente. Nesse sentido, cita-se Isídoro Eisner, que 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.⁶

No mesmo toar, Marcelo López Mesa:

Decididamente no compartimos la opinión de Borda. La primera objeción que puede formularse es que no toma en cuenta la severa restricción recursiva que viene implementándose en el país, desde los tribunales de grado hasta la Corte Suprema; ésta, en 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. En 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 en casación.

La jurisprudencia ha ido progresivamente receptado la idea de Eisner, con la que coincidimos. En 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 en tal sentido. En algunos se ha hecho explícita mención de la doctrina (97) y en otros se la tomado en cuenta, sin mencionarla expresamente.

Creemos que el litigante no debe ser sorprendido, por lo que cuando se presenta un caso en que los institutos tradicionales no permitiesen salvaguardar los derechos de la parte, resulta positiva la aplicación de la doctrina, en especial, porque lo contrario implicaría un relativismo ético incomprensible.⁷

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

⁶ apud in BORDA, Alejandro. "La Teoría de Los Actos Proprios", 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p.148.

⁷ De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina de los actos disponible em http://74.125.47.132/search?q=cache:ewEKIxbqACEJ:www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez_mesa_actos_proprios2.htm

as competências desempenhadas pelas Cortes Superiores, já que a elas cabe a função uniformizadora da jurisprudência.

Assim, a questão 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.

Dessa maneira, estando a pretensão da parte 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 a partir da prolação de vários precedentes em um mesmo sentido, de maneira a formar determinada jurisprudência.

De todo modo, ainda que não exista jurisprudência – prolação de vários precedentes em um mesmo sentido – será possível identificar a legítima expectativa do jurisdicionado diante de um precedente, ainda que único, mas que tenha sido prolatado de forma unânime por um órgão que detenha competência exclusiva para apreciar determinada matéria.

Entretanto, não haverá legítima expectativa se não houve prolação de julgamento emanado 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 caracterizar a legítima expectativa necessária a impedir a ocorrência do *venire*.

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 da decisão surpreendente.

Já para aqueles em relação aos quais haja coisa julgada sobre a matéria tratada na decisão que implica mudança jurisprudencial, ter-se-á um embate entre duas preocupações relacionadas com a segurança jurídica: respeito à coisa julgada e garantia das expectativas geradas. Pensamos que nesse caso a coisa julgada só poderá ser relativizada se a relação jurídica por ela analisada for de trato sucessivo, assim, a mudança na orientação pretoriana surtiria efeitos pró-futuro nas relações travadas a partir de então, respeitando-se os efeitos decorrentes da coisa julgada até aquele momento e compatibilizando-se com o Princípio da Isonomia, já que fica eliminada uma situação de desnivelamento entre os que já tinham decisão passada em julgado e os que estejam com processos em curso. Tal raciocínio já tem sido admitido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a partir da aplicação da Súmula 239/STF:

REsp 638377 / MG RECURSO ESPECIAL 2004/0014601-3 Relator(a)Ministro
TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA
Data do Julgamento 03/03/2005 Data da Publicação/Fonte DJ
21/03/2005 p. 260 Ementa PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO
RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V).
EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA. SENTENÇA QUE DECLARA
INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, COM BASE
NO RECONHECIMENTO, INCIDENTER TANTUM, DA
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88. EDIÇÃO DE LEI NOVA (LEIS
7.856/89, 8.034/90 E 8.212/91). ALTERAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO.
CESSAÇÃO DA FORÇA VINCULATIVA DA COISA JULGADA.

1. A sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro.

2. Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239/STF.

3. Todavia, há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação jurídica permanente. Nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem não o fato gerador instantâneo, mas a situação jurídica de caráter permanente na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. Tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nestes casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes, que se conservará enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático objeto do juízo de certeza.

4. No caso presente, houve sentença que, bem ou mal, fez juízo a respeito não de uma relação tributária isolada, nascida de um específico fato gerador, mas de uma

situação jurídica mais ampla, de trato sucessivo, desobrigando a impetrante de se sujeitar ao recolhimento da contribuição prevista na Lei 7.689/88, considerada inconstitucional. Todavia, o estado de direito foi alterado pelas Leis 7.856/89, 8.034/90 e 8.212/91, cujas disposições não foram, nem poderiam ser, apreciadas pelo provimento anterior transitado em julgado, caracterizando alteração no quadro normativo capaz de fazer cessar sua eficácia vinculante.

5. Configura "violação a literal disposição de lei" (CPC, art. 485, V), dando ensejo à propositura da ação rescisória, não apenas a sua aplicação de forma equivocada, como, também, a negativa de sua aplicação a hipótese em que deveria incidir.

6. Recurso especial provido.

Decerto, não pode o julgador ficar alheio às mudanças axiológicas que implicariam 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 seria um ideal de Justiça. Nada é imutável, nenhum direito é absoluto e, por isso, nenhuma interpretação sobre direito o seria.

Assim, tem-se 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 do Princípio da Segurança Jurídica, desde que sejam utilizados os instrumentos adequados e, claro, desde que haja esta preocupação.

6. NOTAS SOBRE O TEMA NO ÂMBITO DO DIREITO NORTE-AMERICANO

No direito norte-americano, justamente em razão da importância do precedente judicial para aquele sistema, 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, sobretudo a mudança de membros na composição da Corte.

Ao longo dos tempos, essa mudança da jurisprudência tem sido considerada como a correção de um erro e não como uma mudança do direito estabelecido. Todavia, entendendo que os tribunais não se limitam a interpretar o direito, mas também o criam, é reconhecido que o *overruling* muda regras que foram anteriormente estabelecidas, representando, assim, uma regra que invalida outra anteriormente firmada.

Entender que a mudança de jurisprudência cria regra nova ou corrige um erro do passado não elimina o efeito surpreendente da nova decisão; por mais que houvesse um erro, a conduta estava chancelada pela orientação pretoriana. Entretanto, o posicionamento adotado influi diretamente na eficácia que será dada à nova orientação, se terá aplicação apenas pró-futuro ou se terá eficácia *ex tunc*.

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 invalidação⁸.

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 se dar com efeitos limitados, aplicando-se aos processos pendentes de julgamentos (*limited prospectivity*) ou excluindo de forma absoluta a eficácia *ex tunc* (*pure prospectivity*).

A técnica da *prospectivity* pode ser aplicada na jurisdição constitucional brasileira seja na análise de casos concretos ou no controle abstrato. Importante destacar pertinente passagem do livro Curso de Direito Constitucional do Prof. Gilmar Mendes:

⁸ EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts London, England, 1991. p. 267 *apud in* SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005. p. 267.

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 abstracto* nos diversos processos de controle concreto.⁹ (destaque não constante do original).

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.¹⁰ 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 cortes façam retroagir sua decisão até a

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *in* Curso de Direito Constitucional – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1208.

¹⁰ EISENBERG, Melvin Aron. The Nature of the Common Law. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts London, England, 1991. p. 122 *apud in* SILVA, Celso de Albuquerque. Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005. p. 296.

data em que houve a sinalização, pois a partir daí, não se justificaria ma a confiança na regra.¹¹

Diante da crescente valorização do direito jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, a introdução de institutos semelhantes aos do direito norte-americano parecem ser de grande valia para impedir a ocorrência do *venire contra factum proprium* no âmbito dos atos judiciais.

7. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DAS EXPECTATIVAS DOS JURISDICIONADOS E IMPEDITIVOS DOS ATOS CONTRADITÓRIOS UTILIZADOS NAS CORTES BRASILEIRAS

Ainda que até o presente momento as cortes brasileiras não tenham feito menção à incidência do *venire contra factum proprium* em relação às alterações de jurisprudência, constata-se a existência e utilização de vários instrumentos que impedem, ou pelo menos tentam evitar, sua ocorrência.

A reclamação, enquanto instrumento de garantia da autoridade das decisões das Cortes Superiores, serve para impedir desvios de condutas tanto dos demais órgãos do Poder Judiciário quanto dos órgãos da Administração.

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 de Corte Superior.

As técnicas de declaração da inconstitucionalidade também representam instrumentos de garantia à segurança jurídica. Assim, 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. 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).

¹¹ SILVA, Celso Albuquerque. Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005. p. 296.

A repercussão geral também se apresenta como uma garantia à previsibilidade das decisões da Corte Suprema, uma vez que a matéria decidida uma vez deve ser aplicada de forma idêntica 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 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. Mas esse será um mal bem menor que o benefício trazido pelo instituto.

Outro importante instrumento de uniformização da jurisprudência firmada na jurisdição constitucional 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 pelo Supremo, por si só, já 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.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, temos a inovação 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, impedindo a prolação de decisões díspares.

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).

A despeito de todos esses instrumentos que visam evitar a ocorrência de decisões contraditórias, o direito positivo brasileiro apenas prevê um instrumento capaz de combater a contradição apontada, trata-se da **modulação temporal dos efeitos de uma decisão**, instituto que permite ao órgão julgador estabelecer marcos temporais para a eficácia dos julgados.

A modulação temporal dos efeitos da decisão surge, então, como uma proteção às consequências advindas de atos contraditórios no âmbito do Poder Judiciário. Essa possibilidade está prevista nas Leis 9.868¹² e 9.882, ambas de 1999, e na Lei 11.417/06¹³, entretanto, tem sua aplicação limitada no âmbito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal.

Pensamos que a limitação temporal dos efeitos da decisão deveria ser aplicada a todas as decisões de Tribunais Superiores. Tal circunstância preservaria as legítimas expectativas daqueles jurisdicionados que foram até o Poder Judiciário confiando nas manifestações pretéritas exaradas por uma Corte de uniformização em casos idênticos ao seu.

¹² 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.

¹³ 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.

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:

EREsp 767527 / PR EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL 2006/0032461-8 Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 27/06/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 22/10/2007 p. 188 Ementa 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.

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, 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, que não os superiores, é outra 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 CÍVEL 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, entretanto, a aplicação da modulação para as matérias que forem de sua competência exclusiva, como é o caso da interpretação da lei local, parece ser ideal.

A modulação dos efeitos da decisão se apresenta como o melhor instrumento jurídico para impedir a produção de efeitos contrários às legítimas expectativas dos jurisdicionados. Infelizmente, sua utilização, principalmente quando se trata de câmbios jurisprudenciais, tem-se mostrado bastante tímida, tendo em vista que o Supremo Tribunal tem entendido que a modulação só seria possível quando houvesse declaração de inconstitucionalidade da norma e não mudança de interpretação desta. Nesse sentido foi a decisão da Corte Constitucional ao alterar o entendimento sobre o creditamento do IPI na aquisição de produtos não tributados:

RE 353657 / PR - PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 25/06/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-

041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-03 PP-00502

Parte(s) RECTE.(S): UNIÃO ADV.(A/S): PFN - EULER BARROS FERREIRA

LOPES RECDO.(A/S): MADEIRA SANTO ANTÔNIO LTDA ADV.(A/S): WALTER

TOFFOLI E OUTRO(A/S) ADV.(A/S): FERNANDA GUIMARÃES HERNANDEZ E

OUTRO(A/S) Ementa

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 regeedor 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.

Curiosamente, 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 julgamento do RE 377.457-3/PR, o STF também afastou a possibilidade de aplicação da modulação temporal para a revogação da Súmula 276/STJ - a qual reconhecia a isenção de COFINS para sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada. Na oportunidade, a Corte Suprema rejeitou a alegação de que a matéria, até então, era pacífica no âmbito do STJ, para consignar que, no seu âmbito, a matéria já tinha sido analisada em sentido contrário e, assim, não estaria ocorrendo alteração na jurisprudência do STF.

Pensamos que o instituto deveria ter sua utilização maximizada, e isso será possível com uma melhor disciplina do instituto na legislação, prevendo-se de forma expressa novas hipóteses de cabimento e condições nas quais ela terá de ser utilizada, para que não represente uma discricionariedade do órgão julgador, mas um direito da parte.

8. CONCLUSÕES

Nessas breves linhas, que representam um embrião daquilo que se espera desenvolver nos estudos de pós-graduação, pensamos ter pontuado a colocação do problema referente à vedação do *venire contra factum proprium* em face de atos praticados pelo Poder Judiciário que contradizem com a legítima expectativa do jurisdicionado gerada pela jurisprudência.

Analisamos a incidência do instituto no processo civil, em uma perspectiva distinta daquilo que a maioria da doutrina já escreveu sobre o tema, concluindo pela caracterização do ato contraditório diante dos câmbios de jurisprudência ocorridos nos

Tribunais Superiores.

Foram pontuados institutos do direito norte-americano que poderiam passar a ser utilizados por nossos tribunais, haja vista a crescente importância, entre nós, das normas estabelecidas em precedentes jurisprudenciais.

Pontuou-se, também, os instrumentos já existentes no ordenamento pátrio que servem para evitar elementos surpreendentes nas decisões judiciais, evitando, assim, a ocorrência de atos contraditórios no âmbito do Poder Judiciário.

Em face da ausência de um instrumento que reconheça e assegure um direito do cidadão contra os câmbios de jurisprudência, entendemos pela aplicação da modulação temporal dos efeitos das decisões de todas as Cortes uniformizadoras de jurisprudência. Nada obstante, uma vez que ausente previsão legal a respeito, faz-se necessária uma intervenção do Poder Legislativo com vistas a positivizar o alargamento do instituto.

9. BIBLIOGRAFIA

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CARDOZO, Benjamin N. *"The Nature of the Judicial Process"*, New Haven And London Yale University Press, 1977

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*. Coimbra: Almedina, 2006.

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

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado escolástico e civil*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MAIRAL, Hector A. *La Doctrina de Los Propios Actos y La Administración Pública*, Depalma: Buenos Aires, 1988, p. 48.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *in Curso de Direito Constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1208.

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

SILVA, Celso Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

Tese de doutorado:

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica à luz do poder normativo e coercitivo do judiciário: limites à decisão e à recorribilidade por meio de súmulas*. São Paulo: USP, 2007.

Artigos:

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil *in Leituras Complementare de Direito Civil*. Farias, Cristiano Chaves de – coord. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: O renascer do venire contra factum proprium*. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale – Coord. Experiências do Direito.

MESA, Marcelo López *in De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina de los actos disponible em* http://74.125.47.132/search?q=cache:ewEKlxbqACEJ:www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez_mesa_actos_propios2.htm no dia 05.08.2009.

Sites:

www.stj.jus.br

www.stf.jus.br