

Modulação, volatilidade da jurisprudência e segurança jurídica

*Raul Moreira Pinto
Juiz aposentado*

Parece que poucos discordam que um dos maiores inimigos da segurança jurídica se revela na volatilidade das decisões dos tribunais.

A ficção do conhecimento da lei jamais passou disso: ficção mesmo. Reconhece-se, contudo, por falta de melhor solução para a tormentosa realidade da ignorância da lei, a utilidade da adoção do mito.

Entretanto, nos anos recentes, tem-se observado um fenômeno de que se poderia dizer novo; se não tão novo, o fato é que agora se desponta com amplitude jamais imaginada.

Trata-se da moderna sociedade da informação. Os canais, ditos midiáticos, são muitos e estão ao alcance de todos; de forma democrática, levam informações aos lares das pessoas, sem qualquer distinção de ricos e de pobres.

Evidentemente, ninguém imaginaria que, para tornar real a ficção do conhecimento da lei, viessem os meios de comunicação a, diariamente, transmitir o conteúdo de todas as regras positivadas.

Entretanto, é fora de dúvida que a mídia acompanha de perto – de muito perto mesmo – o que decidem os juízes e tribunais e, com justificada ênfase, as decisões dos chamados tribunais superiores.

Sempre haverá algum telespectador ou internauta, ou mesmo um já antiquado leitor de jornais de papel, de ver relatada uma decisão que diga respeito a uma sua particular questão jurídica. Os mais interessados até se valem dos *sites* de busca, onde sua pesquisa lhes fornecerá mais notícias e informações sobre outros julgados em torno do tema que lhe importa.

Resumindo: o homem do povo, o homem da estrada, no dizer dos italianos, passa a conhecer os seus direitos; não por declarações solenes de direitos ou por petrificadas e frias leis, jamais lidas, emanadas dos órgãos legiferantes, mas através dos julgados, através da jurisprudência dos tribunais.

O novo tempo impõe que a lei é o que o tribunal dela diz ser e não o que ela diz ou quis dizer.

A ficção do conhecimento da lei é substituída por uma quase certeza do conhecimento, por todos, dos seus direitos. E tudo pela jurisprudência!

Não é difícil concluir, assim, que o entendimento dos tribunais, veiculado pela mídia, vai orientar a conduta – de forma realista e mais eficiente do que a lei – dos cidadãos.

Se sai uma notícia no jornal dando conta de que há diferença de fundo de garantia a ser quitada pelo banco depositário, em decorrência de implantação dos famosos “planos econômicos”, vê-se o empregado como beneficiário desse crédito; zeloso, para fugir da prescrição, ajuíza sua ação dentro do prazo tratado no acórdão noticiado.

Os processos são demorados; hão de ser percorridas diversas instâncias e enfrentados muitos recursos. Sempre vencedor, vai, finalmente, ver o seu processo decidido em última instância e pelo último recurso; parece que tudo vai terminar bem.

Entretanto, passados cinco anos, dez anos, a jurisprudência foi mudando; já não mais se reconhece o direito às tais diferenças reclamadas, além disso, entende-se que o prazo prescricional é menor do que o anteriormente admitido; vem a derrota; a frustração, o sentimento de ter sido enganado pelo Estado-juiz.

Bem recente, foi noticiado que o T.S.T. teria entendido que o prazo prescricional para reclamar indenização por acidente de trabalho, ocorrido na vigência do código civil velho, é de cinco anos. Alguns casos, talvez muitos, como o noticiado estão ainda em andamento; nesses assiste o jurisdicionado, aflito e atônito, a dança da jurisprudência: inicialmente, pendia para o prazo de prescrição quinquenal, posteriormente, parecia se firmar no de vinte anos; depois, nos mesmos cinco anos.

O advogado, desorientado, não encontra argumentos para explicar a eventual perda da demanda – a vitória dispensa qualquer justificativa, ainda que ansiosamente a queira dar o vaidoso causídico. Consultado sobre a conveniência da propositura de alguma ação envolvendo somente matéria de direito, arisco, esclarece que, se a ação fosse julgada definitivamente hoje, seria procedente; se não, somente Deus poderia dizer do futuro da pretensão.

Talvez o maior mal que o processo pode produzir não resida na injustiça da sentença ou na demora na prestação jurisdicional, mas na quebra do princípio da isonomia. O inconformismo com o tratamento desigual é intenso; inaceitável.

Como o autor destes escritos observou em outra oportunidade, é interessante notar que, mesmo na injusta derrota, há uma maior aceitação do veredito, se se observou a isonomia quanto à própria injustiça; isto é, se se adotou uma decisão injusta para todos os iguais. Por outro lado, note-se que uma decisão, embora justa do ponto de vista do direito, mas não adotada para todos na mesma situação, não é admitida facilmente. Basta um dos pecadores chegar ao paraíso para que todos demais se sintam injustiçados no inferno; mas, se todos os justos forem ao inferno, aquele sentimento possivelmente não será experimentado tão intensamente por esses desditosos réus.

Todos aqueles jurisdicionados que, com seus feitos, vieram a formar a jurisprudência alterada, restaram privilegiados; os que seguirem seus passos já não terão a mesma sorte.

Esse fenômeno, que vem surgindo até com certa frequência, gera a insegurança jurídica e essa é provocada exatamente por quem deveria zelar pela sua não ocorrência.

Como resolver esse grave problema?

Parece que tornar o Judiciário rápido não é tarefa humanamente possível; é da essência do processo justo passar por todas as etapas estabelecidas pela ciência processual e desenvolvida ao longo de centenas de anos; não há uma fórmula mágica que, eliminando estágios indispensáveis – mal necessário - para a boa formação do provimento, faça com que se tenha uma decisão justa, porque uma decisão justa é exclusivamente gerada por um processo justo. Não se deve alimentar ilusões: se tais fórmulas fossem possíveis, já teriam sido criadas e adotadas há muitos anos; sempre se há de desconfiar dos gênios de prontidão.

Entretanto, não se deve fugir do problema. Procurar soluções que, verdadeiramente assim possam ser consideradas após testadas no campo prático, é obrigação de todos os operadores do direito. Afinal, não é por serem as formalidades um “mal necessário” é que se deixará de combatê-lo, pois todos os males, necessários ou não, devem ser, sempre, tidos com inimigos a serem derrotados. Se invencíveis, pelos menos se mitiguem os seus maléficos efeitos.

Como fazer sugestões é dado a todos, faculdade que se revela como uma das coisas mais democráticas que se conhece, também ousa-se, aqui, trazer para o estudo daqueles que operam no Judiciário, principalmente dos sábios, sobre a adoção de um expediente que, parece, poderia minorar o problema enfocado nestes escritos.

Há algum tempo foi introduzido no ordenamento jurídico, através da Lei 9.868/99, a chamada modulação temporal dos efeitos da decisão sobre inconstitucionalidade, proferida pelo S.T.F..

Regra o artigo 27, do referido diploma, que poderá o S.T.F., por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir o momento de sua eficácia, quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Embora o novel instituto fosse destinado a ser aplicado apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade, acabou sendo adotado no controle *incidenter tantum* ou difuso de constitucionalidade. Obviamente, se o controle é difuso, a modulação acaba podendo ser feita até por tribunais inferiores.

Segundo se relata, já em 1977 o Ministro Leitão de Abreu, no julgamento do RE 79.343, fizera menção à possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ao argumento de que a tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias e quando ainda não declarada inconstitucional a lei, se apure até que ponto a retroatividade da decisão pode prejudicar aquele que teve por legítimo o ato praticado sob a égide do normativo, fundado na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

No RE 197.917, aquela mesma Corte estabeleceu que a determinação de redução do número de vereadores de um município de São Paulo se verificasse apenas na próxima legislatura, ante os terríveis efeitos da declaração *ex tunc* da inconstitucionalidade do diploma que fixou ilegalmente a quantidade de edis. A preocupação era com a consequente nulidade de todos os atos da câmara municipal, praticados ao longo de anos.

Nesse caso, ocorreu o embate entre dois princípios: o da ineficácia da norma inconstitucional e o da segurança jurídica, optando-se pela prevalência do segundo, nos moldes da regra da proporcionalidade. Naquela situação, o valor da segurança jurídica se revelava mais importante do que o da insubsistência da norma viciada.

No referido julgado, dispôs-se que a “segurança jurídica, sem dúvida, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois é por meio dela que os jurisdicionados irão pautar suas condutas, sabendo das consequências advindas de seus atos. Terá conhecimento, diante de uma lide, se a decisão a ser emitida pelo órgão jurisdicional ser-lhe-á ou não favorável.”

Como se vê, todas as razões que justificam fixar temporalmente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei estão presentes no caso da mudança de rumo da jurisprudência, que se revela em processos de longa duração.

São milhões de pessoas que acreditam no direito que vem dos acórdãos dos tribunais e pautam sua conduta pelos parâmetros lançados nos julgados.

A alteração do entendimento dos tribunais, principalmente, dos chamados tribunais superiores, afetando uma multidão incalculável, gera enorme insegurança jurídica.

Dessa forma, não parece absurdo ou monstruosidade jurídica se instituir uma forma de modular, também, os efeitos da nova jurisprudência, para que sua aplicação, mesmo não vinculativa de outros órgãos do Judiciário, venha sinalizar o novo modo de se conduzir das pessoas nos seus negócios.

Com essa providência, aqueles jurisdicionados que criam ter direito e que era reconhecido pelos tribunais não se verão frustrados,

até mesmo enganados, em decorrência da larga demora na solução dos processos.

As súmulas, os enunciados, as orientações jurisprudenciais são uma tentativa de uniformizar as decisões, mas a própria consolidação desses entendimentos leva anos, considerando-se a época de propositura das ações que foram a causa da mesma mudança.

É claro que tal modulação dos efeitos da nova jurisprudência demanda atuação do legislador ordinário, não parecendo ser necessária, contudo, alteração do texto constitucional.

Não é estranho ao mundo do direito ordinário a possibilidade de, como nas sentenças determinativas, se fixarem eficácias *pro futuro*, influenciadas pelo princípio *rebus sic stantibus*. Isto é, se não refoge da competência já conferida ao Judiciário de estabelecer o momento da eficácia da decisão, muito mais aceitável é que o faça – contudo, sem qualquer força vinculativa, a não ser aquela advinda sua autoridade de órgão julgador - com relação à nova jurisprudência.

Assim, *verbi gratia*, ao editar uma súmula ou orientação jurisprudencial, que o tribunal estabeleça que a nova diretriz jurisprudencial não se aplicará aos casos já ajuizados e não julgados, ou mesmo arbitrar um prazo para a sua adoção (por interessante, registre-se que a Constituição austríaca fixa um prazo de até um ano para sobrevivência da lei declarada inconstitucional), sendo esses apreciados sob a ótica da jurisprudência velha.

Se não é a solução perfeita, parece pelo menos razoável admiti-la para combater, repita-se, a insegurança jurídica trazida pela mudança de orientação jurisprudencial que, em função da longa duração do processo, vem revelar um entendimento que não se afina com situações e posições doutrinárias existentes quando do ajuizamento da ação e que se tinham como corretas.

Alterar, no futuro, o que se pensava e se fazia no passado não parece racional; as condições não são, naquele primeiro momento, as mesmas; então, as coisas não são as mesmas, de modo a merecer tratamento moderno e diferente.

Sem presunção, ficam convidados, para a reflexão sobre o tema, os que lutam pela segurança jurídica mas que não admitem atalhos milagrosos, ordinariamente prejudiciais à boa formação do provimento judicial.

(Publicado em 11/05/2010)