

A EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO QUE ANUNCIA UMA NOVA REGRA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

THE TIME EFFECTIVENESS OF THE DECISION ANNOUNCING A NEW RULE: A
COMPARATIVE ANALYSIS



Recebimento em 25/08/2023

Aceito em 06/11/2023

Marcelo Alves Dias de Souza ¹

<http://orcid.org/0009-0004-0405-1291>

marceloads@hotmail.com

RESUMO

Uma questão que tem preocupado tanto os juristas do common law como os do civil law diz respeito à eficácia temporal da decisão que anuncia um novo precedente, revogando (ou pelo menos modificando) a regra de um precedente anterior de orientação diversa. Os efeitos desse novo precedente seriam retroativos ou prospectivos? E em que termos?

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado; precedentes; eficácia temporal; modulação.

ABSTRACT

An issue that has concerned both common law and civil law jurists concerns the temporal effectiveness of the decision that announces a new precedent, revoking (or at least modifying) the rule of a previous precedent of a different orientation. Would the effects of this new precedent be retroactive or prospective? And under what terms?

KEYWORDS: Comparative Law; precedents; temporal effectiveness; modulation.

1 INTRODUÇÃO

Uma questão de imensa relevância – que, hodiernamente, tem preocupado tanto os juristas do *common law* como os do *civil law* – diz respeito à eficácia temporal da decisão que anuncia um novo precedente, revogando (ou pelo menos modificando) a regra de um precedente anterior de orientação diversa. Os efeitos desse novo precedente seriam retroativos ou prospectivos? E em que termos?

¹ Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN)



Para se ter uma ideia da importância do questionamento, o reconhecimento da existência de efeitos retroativos, numa decisão que anuncia um novo precedente que revoga um precedente anterior de orientação diversa, implicaria, pelo menos potencialmente, afetar, de um modo ou de outro, fatos e atos jurídicos já realizados sob a égide da anterior orientação jurisprudencial.

É questão, portanto, de grande relevância, sobretudo porque as pessoas, em sistemas baseados na vinculação aos precedentes judiciais, como é o caso dos sistemas inglês e americano, pautam suas condutas de acordo com o que os tribunais afirmam, em suas decisões, ser o “Direito”².

A verdade é que, usando as palavras de Sesma,

as decisões geram expectativa a respeito de direitos e obrigações e as partes orientam suas ações em função delas. Se a sociedade fosse estática e os tribunais infalíveis, isso apresentaria poucos problemas; mas como as coisas mudam e os tribunais equivocam-se, os juízes enfrentam frequentemente o dilema de fomentar as expectativas de uma mudança jurídica ou seguir uma decisão antiquada³.

Inclusive, lembra Farnsworth, tendo por ponto de vista o Direito americano, que

por vezes os Tribunais, a fim de não perturbarem as transações intervenientes, têm recusado reformar uma decisão anterior e estabelecer a invalidade da transação, mas não obstante têm expressado sua desaprovação ao precedente e proferido a advertência de que não será seguido no que se refere às transações feitas após a decisão⁴.

2 CLASSIFICAÇÃO DOS TIPOS DE EFEITOS, QUANTO AO TEMPO, ATRIBUÍVEIS AO PRECEDENTE REVOGADOR (OU AS FORMAS DE APLICAÇÃO DESTES)

² A mesma observação é feita por: GINSBURG, Jane C. *Legal Methods*. Westbury: The Foundation Press, 1996. p. 155.

³ SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995. p.169: “dichas decisiones generan expectativas respecto de derechos y obligaciones y las partes orientan sus acciones en función de ellas. Si la sociedad fuera estática y los tribunales infalibles, esto presentaría pocos problemas; pero como los tiempos cambian y los tribunales se equivocan, los jueces se enfrentan frecuentemente al dilema de traicionar las expectativas de un cambio jurídico o seguir una decisión anticuada”.

⁴ FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. Tradução de Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, [196-]. p. 73.



Para abordar precisamente esse ponto, cumpre, de logo, afirmar que o modo de aplicação do precedente revogador, quanto a sua eficácia temporal, difere, sobretudo em suas visões clássicas, se compararmos a Inglaterra com os Estados Unidos.

Como bem explica Reynolds,

A questão da retroatividade não ocorreu aos escritores do *common law* como Blackstone, que argumentou em favor de uma teoria ‘declarativa’ do Direito. Sob essa teoria, uma decisão não criava Direito, mas era mera evidência de Direito. Assim diz Blackstone: ‘se se achar que a decisão antiga é manifestamente absurda ou injusta, isso terá declarado, não que tal decisão era um mau Direito, mas que não era Direito ***’¹ *Commentaries* *70. Uma decisão, portanto, poderia estar ‘errada’, mas o Direito não estava; tinha apenas sido imperfeitamente expresso na decisão. Porque o Direito sempre existiu, a questão da decisão com efeito prospectivo não foi tratada pelos partidários da teoria declaratória. Os juízes americanos, no entanto, na metade do século passado, começaram a perceber que, em certas situações, a decisão de efeitos retroativos impunha injustiças. Como resultado, a revogação com efeitos prospectivos começou a ser adotada. Hoje, é uma técnica usada por muitas cortes, (...) ⁵.

Em resumo, na Inglaterra, como herança da teoria declarativa do precedente, que defende a preexistência do Direito à decisão judicial, a revogação de um precedente tem, salvo raríssimas exceções, efeitos retroativos. Diferentemente dos Estados Unidos onde, fruto de certo modo do realismo jurídico americano, que defende a criação judicial do Direito, os tribunais desenvolveram outras maneiras de aplicação do precedente revogador, através das quais ele não tem, necessariamente, efeitos retroativos (apesar de eles serem, ainda, a regra).

Em verdade, a consulta à doutrina e à prática dos tribunais ingleses e americanos (sobretudo estes) permite constatar a existência de vários *submodos* de aplicação do precedente revogador no que diz respeito ao tempo, apesar de todos derivados das duas matrizes originais – ou a eficácia é retroativa ou é prospectiva. São verdadeiras variantes que visam (é o que se constata numa análise

⁵ REYNOLDS, William L. *Judicial Process in a Nutshell*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1991. p. 172-173: “The question of retroactivity did not occur to writers on the common law such as Blackstone who argued for a ‘declaratory’ theory of law. Under that theory, a decision was not law, but was merely evidence of law. Thus Blackstone: ‘if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such was bad law, but that it was not law * * *’ I *Commentaries* *70. A decision, therefore, could be ‘wrong’, but the law was not; it had merely been expressed imperfectly in the decision. Because the law always existed, the question of prospective decision-making was not addressed by adherents of the declaratory theory. American judges, however, by the middle of the last century began to realize that in certain situations retroactive decision-making imposed unfair hardships. As a result, prospective overruling began to be adopted. Today, it is a technique used by many courts, (...)”.



mais cuidadosa), a partir de ligeiras adaptações, superar os problemas existentes em ambos os modos de aplicação.

Isso implica, a depender do autor consultado, classificações diversas. A proposta de Pomorski, por exemplo, é a seguinte:

1) O tribunal pode aplicar o novo precedente somente aos fatos que aconteceram depois de que foi estabelecida a nova regra, de forma que a nova regra não se aplicaria sequer ao caso que ocasionou a revogação. Seguindo a Suprema Corte, chamaremos a isto de aplicação puramente prospectiva (*purely prospective application*). 2) O tribunal pode aplicar o novo precedente aos fatos que aconteceram depois que a nova regra foi publicada e aos fatos do caso ante o tribunal. Este método pode chamar-se aplicação prospectiva regular (*regular prospective application*). 3) O tribunal pode aplicar a nova regra aos fatos que aconteceram antes e depois da nova regra. Dentro da aplicação retroativa, distingue-se: retroatividade plena (*full retroaction*) quando a nova regra é aplicável a todos os fatos que aconteceram antes de ela ter sido criada, e retroatividade limitada (*limite dretroaction*) quando a nova regra se aplica a fatos que existiam antes de ela ter sido criada, mas somente em casos em que não existia sentença definitiva quando o novo precedente foi publicado. Um tipo específico de retroatividade limitada foi introduzido pelo Tribunal Supremo dos EUA na decisão *Johnson v. State of New Jersey*, 389 US 719 (1966). Neste caso, o tribunal limitou a aplicação do novo precedente a casos em que os julgamentos não haviam começado antes de a regra ter sido publicada⁶.

Já Sesma, distinguindo as aplicações “retroativa”, “prospectiva”, “prospectiva-prospectiva” e “quase-prospectiva”, defende outra classificação:

Quando se cria um novo precedente, há quatro maneiras como o tribunal pode aplicá-lo. Primeiro, o tribunal pode aplicar a mudança no direito retroativamente, permitindo que a nova regra regule tanto os fatos acontecidos antes como depois da decisão derogatória. Segundo, o tribunal pode aplicar a decisão prospectivamente de modo que regule somente as condutas que aconteceram

⁶ Apud SESMA (1995, p. 170): “1) El tribunal puede aplicar el nuevo precedente sólo a los hechos que han tenido lugar después de que fuera establecida la nueva regla, de forma que la nueva regla no se aplicaría ni siquiera al caso que ocasionó la derogación. Siguiendo al Tribunal Supremo llamaremos a esto aplicación puramente prospectiva (*purely prospective application*). 2) El tribunal puede aplicar el nuevo precedente a los hechos que tuvieron lugar después de que la nueva regla fuera publicada y a los hechos del caso ante el tribunal. Este método puede llamarse aplicación prospectiva regular (*regular prospective application*). 3) El tribunal puede aplicar la nueva regla a los hechos que tuvieron lugar antes y después de la nueva regla. Dentro de la aplicación retroactiva se distingue entre retroactividad plena (*full retroaction*) cuando la nueva regla es aplicable a todos los hechos que tuvieron lugar antes de que fuera creada, y retroactividad limitada (*limite dretroaction*) cuando la nueva regla se aplica a hechos que existían antes de que fuera creada pero sólo en casos en que no ha sido dictada una sentencia definitiva cuando el nuevo precedente fue publicado. Un tipo específico de retroactividad limitada fue introducida por el Tribunal Supremo de los EE.UU. en la decisión *Johnson v. State of New Jersey*, 389 US 719 (1966). En este caso el tribunal limitó la aplicación del nuevo precedente a casos en los que los juicios no comenzaron antes de que la regla fuera publicada”.



depois da decisão derogatória. Terceiro, o tribunal pode empregar a técnica da derrogação prospectiva-prospectiva pospondo a aplicação da nova regra a uma data definida. E quarto, o tribunal pode dar à decisão um efeito quase-prospectivo aplicando a nova regra às partes do caso e prospectivamente no futuro⁷.

A consulta à doutrina permite ainda observar a existência de muitos argumentos favoráveis a qualquer um dos modos de aplicação do precedente revogador. Argumentos favoráveis a um modo de aplicação que, via de regra, correspondem a argumentos desfavoráveis ao modo de aplicação inverso, como será visto adiante.

Mas é importante, desde logo, ressaltar a influência que a adoção prévia de uma ou outra matriz – retroatividade ou prospectividade – pode ter na atitude dos juízes e tribunais, quando eles apreciam um caso que, potencialmente, pode dar azo a um precedente revogador. Estabelecida, previamente, a eficácia temporal retroativa do precedente revogador (*extunc*), as cortes, por uma questão de política judicial, serão mais conservadoras, hesitando em realizar mudanças abruptas de orientação sobre determinada questão. Em sentido contrário, se se limita o impacto do novo precedente para não alcançar situações anteriores ao seu estabelecimento (*ex nunc*) ou até mesmo os fatos do novo precedente, as cortes sentem-se inclinadas (ou, pelo menos, mais livres) a fazer mais e mais mudanças de orientação quando entender que tal procedimento é apropriado⁸.

A classificação aqui proposta, fazendo várias considerações sobre os atributos de cada tipo de aplicação, inspira-se nas lições mais conhecidas, mas pretende atentar para as devidas particularidades do Direito inglês e do Direito americano, numa linguagem mais conhecida pelo jurista da tradição romano-germânica, o que seria, de certo modo, inédito.

Nesse desiderato, fala-se em *aplicação retroativa pura*, *aplicação retroativa clássica*, *aplicação prospectiva pura*, *aplicação prospectiva clássica* e *aplicação prospectiva a termo*.

3 APLICAÇÃO RETROATIVA PURA E APLICAÇÃO RETROATIVA CLÁSSICA

⁷ SESMA (1995, p. 170-171): “Cuando se crea un nuevo precedente hay cuatro maneras en que el tribunal puede aplicarlo. Primero, el tribunal puede aplicar el cambio en el derecho retroactivamente, permitiendo que la nueva regla regule tanto los hechos que han tenido lugar antes como después de la decisión derogatoria. Segundo, el tribunal puede aplicar la decisión prospectivamente de forma que regule sólo las conductas que han tenido lugar después de la decisión derogatoria. Tercero, el tribunal puede emplear la técnica de la derogación prospectiva-prospectiva posponiendo la aplicación de la nueva regla a una fecha determinada. Y cuarto, el tribunal puede dar a la decisión un efecto cuasi-prospectivo aplicando la nueva regla a las partes del caso y prospectivamente en el futuro”.

⁸ Nesse sentido: GINSBURG (1996, p. 155).



Em ambos os casos, o precedente novo deve ser aplicado aos fatos ocorridos antes e depois dele, além, obviamente, de ser aplicado aos fatos do caso no qual foi proferido.

A diferença é que, na aplicação retroativa pura, o precedente novo será aplicado a todos os fatos que tiveram lugar antes e depois dele, incluindo aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado. Enquanto que, na aplicação retroativa clássica (a mais empregada), o precedente novo será aplicado aos fatos que tiveram lugar antes e depois dele, excluindo-se aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado e as situações em que tenha havido decadência ou prescrição.

O fundamento da aplicação retroativa, evidentemente, está na teoria declarativa ou ortodoxa, que afirma a preexistência do Direito, seja legislado, seja costumeiro, à decisão judicial, sendo ela apenas uma mera declaração ou prova de algo que já existia.

A aplicação retroativa (clássica) é a mais utilizada, sobretudo na Inglaterra. Sesma aponta os seguintes argumentos a seu favor (argumentos que são, ao mesmo tempo, críticas à aplicação prospectiva):

- a) A teoria declarativa do Direito segundo a qual as decisões são uma mera evidência, não uma evidência conclusiva, do que o Direito é. Portanto, quando uma decisão é derogada, não se transforma em Direito equivocado, mas antes nunca foi Direito.
- b) A aplicação prospectiva usurparia a função legislativa. Os tribunais afirmam que sua função é interpretar e declarar, não promulgar, e somente o Parlamento detém o poder de mudar o Direito de forma prospectiva.
- c) Uma regra prospectiva seria mero *dictum*. Os tribunais devem decidir as controvérsias entre as partes no processo, e somente aquela parte da decisão necessária para resolver a disputa pode ser considerada por tribunais posteriores pelo ponto de vista da doutrina do *stare decisis*.
- d) Os advogados não teriam incentivo para apelar de uma sentença se soubessem que qualquer mudança afetaria, não a seus clientes imediatos, mas só aos futuros litigantes.
- e) Boa parte da teoria em que se baseia a aplicação prospectiva está fundada na confiança que as pessoas têm depositado nas anteriores decisões dos tribunais. A alegação de confiança introduz, nos casos, um novo elemento e uma quase impossível prova. O uso de uma teoria da confiança pode, também, delinear a questão do ‘devido processo’ constitucional⁹.

⁹ SESMA (1995, p. 171-172): “a) *La teoría declarativa del derecho según la cual las decisiones son una mera evidencia, no una evidencia concluyente, de lo que el derecho es. Por tanto, cuando una decisión es derogada no se convierte en derecho equivocado, sino que nunca fue derecho.* b) *La aplicación prospectiva usurparia la función legislativa. Los tribunales afirman que su función es interpretar y declarar, no promulgar, y sólo el Parlamento tiene el poder de cambiar el derecho prospectivamente.* c) *Una regla prospectiva sería mero dictum. Los tribunales*



Já a principal crítica à aplicação retroativa do precedente revogador está no fato de que ela ofenderia a confiança nas decisões judiciais; em outras palavras, a aplicação retroativa do precedente revogador teria o condão de afetar fatos e atos jurídicos realizados no passado, na confiança do acerto da anterior orientação jurisprudencial. E em sistemas filiados ao *common law*, isso causa grande preocupação, uma vez que, neles, as pessoas realmente pautam seus negócios em conformidade com o que os tribunais afirmam, em suas decisões, ser o *Direito*.

4 APLICAÇÃO PROSPECTIVA PURA, APLICAÇÃO PROSPECTIVA CLÁSSICA E APLICAÇÃO PROSPECTIVA A TERMO

A razão da existência da aplicação prospectiva está na necessidade de manutenção da confiança nos precedentes judiciais anteriormente estabelecidos, pois, como aduz Ginsburg, “*as pessoas agem – ou imagina-se que agem – na confiança nas regras existentes, incluindo-se as regras elaboradas pelos juízes*”¹⁰.

Na aplicação prospectiva pura, o novo precedente somente será aplicado aos fatos ocorridos depois do seu estabelecimento, excluindo-se até mesmo os fatos do caso que deu origem a esse precedente.

Na aplicação prospectiva clássica, o novo precedente, além de aplicar-se aos fatos ocorridos depois do seu estabelecimento, aplica-se também – e aqui está a diferença em relação à aplicação prospectiva pura – aos fatos do caso que o ensejaram.

Por derradeiro, o novo precedente – e aqui se tem o que chamamos de aplicação prospectiva a termo – pode ter o *dies a quo* de sua aplicação postergado para uma data futura e certa, a fim de

deben decidir las controversias entre las partes en el proceso y sólo aquella parte de la decisión necesaria para resolver la disputa puede ser considerada por tribunales posteriores desde el punto de vista de la doctrina del stare decisis. d) Los abogados no tendrían incentivo para apelar una sentencia si saben que cualquier cambio afectará, no a sus inmediatos clientes sino, sólo a futuros litigantes. e) Buena parte de la teoría en que se basa la aplicación prospectiva está basada en la confianza que la gente ha puesto en las anteriores decisiones de los tribunales. La alegación de confianza introduce en los casos un nuevo elemento y una casi imposible prueba. El uso de una teoría de la confianza puede también plantear la cuestión del ‘debido proceso’ constitucional”.

¹⁰ GINSBURG (1996, p. 155): “*people act – or are thought to act – in reliance on existing rules, including judge-made rules*”.



que tanto as pessoas como o Poder Legislativo tenham tempo para avaliar a questão e realizar as alterações que se façam necessárias.

Sesma, levando em consideração a prática judicial americana, oferece-nos um rol de justificações empregadas pelas cortes daquele país para aplicar o precedente revogador apenas prospectivamente, todas elas derivadas da ideia de manutenção da confiança nas decisões judiciais:

a) A justificativa mais usada tem sido a confiança nas decisões judiciais. (...). Um tipo de confiança diferente tem sido alegado por parte de policiais e membros do Ministério Público quando enfrentaram um tribunal que coloca em xeque os procedimentos que se devem seguir em uma investigação criminal. Não é justo, dizem, penalizar a persecução por errar no cumprimento de regras que não tinham sido estabelecidas antes da investigação acontecer. A Corte Suprema dos EUA aceitou este ponto de vista como um dos fundamentos para limitar o efeito de *Mirandav. Arizona 384 U.S. 436 (1966)*. b) Uma segunda justificativa assinala que o que motiva o tribunal a revogar um precedente é o desejo de pôr em prática uma nova política, mas uma política que não necessita ter efeito retroativo. Em *Mapp v. Ohio*, a Corte Suprema dos EUA decidiu que a prova descoberta em um registro ilegal não podia ser utilizada em juízo. Em *Linkletter v. Walker 381 U.S. 618 (1965)*, o tribunal decidiu que a regra *Mapp* era só prospectiva. Disse que a nova regra foi proposta para dissuadir registros ilegais, e que era demasiado tarde para dissuadir aqueles registros que já tinham acontecido. Portanto, não podia ganhar-se nada dando a *Mapp* efeito retroativo. c) Uma terceira justificativa tem sido desenvolvida na área do processo penal. Mesmo que ainda não esteja totalmente claro, parece que um detento nos EUA pode ter direito ao *habeas corpus* se a tática empregada na sua prisão ou no seu julgamento é declarada inconstitucional posteriormente. Esta possibilidade tem preocupado muitos juízes que, pelo contrário, estão a favor de estender as garantias constitucionais. Uma vez mais tem sido empregada a derrogação prospectiva. A Corte Suprema foi capaz de proibir o uso de provas obtidas ilegalmente no futuro sem pôr em marcha um sem-número de *habeas corpus* correspondentes àqueles casos em que as sentenças eram definitivas. d) Os tribunais de apelação cumprem duas funções diferentes ao decidirem um caso: resolvem o caso e conformam o Direito judicial. Posto que os fatores que podem controlar estas duas funções podem ser diferentes, o tribunal pode considerá-las separadamente. Quando o precedente é impugnado, um tribunal de apelação terá que prestar atenção, primeiro, à regra impugnada e decidir se terá que ser derogada. Se decide derogá-la, posteriormente, terá que decidir se a nova regra tem que ser ou não aplicada ao caso ante o tribunal. A premissa básica desta teoria é que os tribunais obviamente criam Direito no processo de decidir os casos. Os que estão a favor da derrogação prospectiva assinalam que, já que os juízes, de fato, realizam esta função, deveriam fazê-lo mais abertamente. Concluem que os tribunais devem se sentir livres para avaliar o efeito como precedente, ou efeito ‘legislativo’, de suas decisões, liberados de qualquer consideração sobre a hipótese de que, ao mudarem uma regra estabelecida (mesmo que por uma melhor), deem uma resolução injusta para as partes do caso, ou para outras que atuaram confiando no precedente revogado¹¹.

¹¹ SESMA (1995, p. 175-177): “a) *La justificación empleada más a menudo ha sido la confianza en las decisiones judiciales. (...) Un tipo confianza diferente se ha alegado por parte de policías y fiscales cuando se han enfrentado a un tribunal que ha puesto en entredicho los procedimientos que se deben seguir en una investigación penal. No*



Evidentemente, a aplicação prospectiva, também, não está imune a críticas. Pode-se relacionar algumas, reproduzindo as lições de Nicol¹² e Reynolds¹³:

a) um juiz que usa a revogação prospectiva tem muito mais a aparência de um legislador; b) se a rejeição prospectiva estivesse disponível, isso faria a revogação algo mais corriqueiro e acabaria com a certeza que resulta de uma rigorosa doutrina do *stare decisis*; c) a revogação prospectiva é indesejável porque estimula a reforma judicial do Direito, e o impulso principal de uma reforma do Direito deve vir de um Parlamento democraticamente eleito em vez de um Judiciário nomeado; d) ela permite que uma corte crie Direito novo sem aplicá-lo ao caso perante a corte; e e) uma outra objeção frequentemente expressada à teoria da prospectiva afirma que um provável efeito dessa técnica será desencorajar os litigantes a levantarem questões fundamentais. Que incentivo tem um litigante ou advogado para suscitar uma questão nova, gastando tempo e dinheiro no processo, se não trará a ele a vitória?¹⁴

es justo, dicen, penalizar la persecución por errar en el cumplimiento de reglas que no habían sido establecidas hasta después de que la investigación tuvo lugar. El Tribunal Supremo de los EE.UU. aceptó este punto de vista como uno de los fundamentos para limitar el efecto de Mirandav. Arizona 384 U.S. 436 (1966). b) Una segunda justificación señala que lo que lleva al tribunal a derogar un precedente es el deseo de poner en práctica una nueva política, pero una política que no necesita tener efecto retroactivo. En Mapp v. Ohio, el Tribunal Supremo de los EE.UU. decidió que la prueba descubierta en un registro ilegal no podía ser utilizada en el juicio. En Linkletter v. Walker 381 U.S. 618 (1965), el tribunal decidió que la regla Mapp era sólo prospectiva. Dijo que la nueva regla fue propuesta para disuadir registros ilegales, y que era demasiado tarde para disuadir aquellos registros que ya habían tenido lugar. Por tanto no podía ganarse nada dando a Mapp efecto retroactivo. c) Una tercera justificación se ha desarrollado en el área del procedimiento penal. Aunque no está del todo claro, parece que un detenido en los EE.UU. puede tener derecho al habeas corpus si la táctica empleada en su aprehensión o en su juicio es posteriormente declarada inconstitucional. Esta posibilidad ha preocupado a muchos jueces que, por el contrario, están a favor de extender las garantías constitucionales. Una vez más se ha empleado la derogación prospectiva. El tribunal Supremo fue capaz de prohibir el uso de pruebas obtenidas ilegalmente en futuros sin poner en marcha un torrente de habeas corpus respecto de aquellos casos en que las sentencias eran definitivas. d) Los tribunales de apelación realizan dos funciones distintas al decidir en un caso: resuelven dicho caso y conforman el derecho judicial. Puesto que los factores que pueden controlar estas dos funciones pueden ser diferentes, el tribunal puede considerarlas separadamente. Cuando el precedente es impugnado, un tribunal de apelación tendrá que prestar atención primero a la regla impugnada y decidir si tiene que ser derogada. Si decide derogarla, posteriormente tendrá que decidir si la nueva regla tiene que ser o no aplicada al caso ante el tribunal. La premisa básica de esta teoría es que los tribunales obviamente crean derecho en el proceso de decidir los casos. Los que están a favor de la derogación prospectiva señalan que, puesto que los jueces de hecho realizan esta función, tendrían que hacerlo más abiertamente. Concluyen que los tribunales tienen que sentirse libres para sopesar el efecto como precedente, o efecto 'legislativo', de sus decisiones liberados de cualquier preocupación de que cambiando la regla establecida (aunque por una mejor) darán una resolución injusta para las partes del caso, o para otras que han actuado confiando en el precedente rechazado”.

¹² NICOL, Andrew. *Prospective Overruling: a New Device for English Courts?* *Modern Law Review* v. 39, p. 542, 1976.

¹³ REYNOLDS (1991, p. 180).

¹⁴ a) “a judge who uses prospective overruling has too much the appearance of a legislator”; b) “if prospective overruling were available, it would make overruling more common and upset certainty which results from a strict doctrine of *stare decisis*”; c) “prospective overruling is undesirable because it encourages judicial law reform and the principal thrust of law reform should come from a democratically elected Parliament, rather than an appointed judiciary”; d) “it allows a court to make new law without applying it to the case before the court”; e) “another frequently voiced objection to prospective decision-making argues that a likely effect of that technique will be to discourage litigants from raising fundamental issues. What incentive does a litigant or attorney have to raise a new issue, expending time and money in the process, if it will not bring victory?” As primeiras quatro críticas foram retiradas de NICOL (1976, p. 542); apenas a última, letra “e”, foi retida de REYNOLDS (1991, p. 180).



5 O DIREITO INGLÊS

A visão tradicional inglesa – que encampa a tese da aplicação retroativa clássica do precedente judicial revogador – pode ser explicada, como o faz Zander, da seguinte forma: “Quando uma corte profere uma regra que é concebida para mudar o Direito, o efeito não é somente para o futuro. Também afeta o passado. Isso por causa da ficção de que, quando estabelece o Direito, uma corte está estabelecendo o Direito como ele sempre foi”¹⁵.

Evidentemente, conclui o mesmo autor,

Se o caso já foi questionado em juízo, não pode ser reaberto. Está sujeito ao princípio expresso na expressão *res judicata*. Igualmente, se o tempo permitido sob o *Statute of Limitations* para apresentar processos desse tipo expirou, nenhum caso pode agora ser apresentado sob o fundamento de mudança na regra. Mas se nem a *res judicata* nem o *Statute of Limitations* se aplicam, uma ação pode ser apresentada baseada em circunstâncias que ocorreram antes das novas decisões¹⁶.

Todavia, a questão, mesmo na Inglaterra, não pode ser tratada de modo tão simples.

De logo, o direito criminal é um campo que merece atenção no que diz respeito aos efeitos retroativos de um precedente novo. A questão mais frequente é: uma pessoa, condenada com trânsito em julgado, com base em uma orientação jurisprudencial dominante à época do seu julgamento, deve ver extinta sua punibilidade ou mesmo ter a possibilidade de novo julgamento, se surge uma nova orientação no sentido de sua absolvição (por exemplo, uma *abolitio criminis*)? Em outras palavras, aplica-se, aqui, a retroatividade clássica ou, excepcionalmente, aplica-se a retroatividade pura (que enfrenta até a coisa julgada)?

A resposta a essa questão, infelizmente, não está ainda clara. Zander nos traz decisões em ambos os sentidos:

¹⁵ ZANDER, Michael. *The Law-Making Process*. 5. ed. London: Butterworths, 1999. p. 347: “When a court delivers a ruling which is perceived to change the law the effect is not only for the future. It also affects the past. This is because of the fiction that when it states the law a court is stating the law as it always has been”.

¹⁶ *Ibid.*, p. 348: “if the case has already been litigated in cannot be reopened. It is subject to the principle expressed in the phrase *res judicata*. Equally, if the time allowed under the *Statute of Limitations* for bringing proceedings of that kind has expired, no case can now be brought on the basis of the changed rule. But if neither *res judicata* nor the *Statute of Limitations* applies, an action can be brought based on circumstances that occurred before the new decisions”.



Em *Hawkins* (1977) 1 Cr App. Rep., Lord Bingham, o Lord Chief of Justice, citou um dictum de *Mitchel* (1977) 65 Cr. App. Rep 185, em que Lord Lane tinha dito: ‘deve ser claramente compreendido (...) que o fato de que houve uma mudança aparente no Direito ou, para pôr mais precisamente, que concepções erradas anteriores sobre o significado de um statute tenham sido postas de forma correta, não proporciona um campo próprio para se permitir uma extensão de tempo no qual se pode apelar contra a condenação’.

Mas num caso anterior, *Ramsden* (1972) Crim. L.R. 547, CA, Lord Lane tinha dito que, em tal situação, a corte deveria permitir apelar intempestivamente. Nesta última análise, ele disse: ‘isso deve, em cada caso, ser uma questão de bom senso’. Em *Hawkins* (1977) 1 Cr. App. Rep., Lord Bingham disse ‘se tais condenações fossem imediatamente reabertas, seria difícil saber onde traçar a linha ou o quanto voltar’. A prática geral da corte, disse ele, era manter a visão contra a reabertura de condenações nestas circunstâncias, mas a corte deveria ‘abster-se de questões técnicas indevidas e perguntar se alguma injustiça substancial foi feita’. Em *Hawkins*, ele atua de forma que a permissão para apelar intempestivamente, depois de uma mudança no princípio relevante de Direito, foi recusada. Mas em *David Cooke* (2 de dezembro de 1996, não reportada, CA No. 9604988) a decisão seguiu outro caminho. A permissão para apelar intempestivamente foi garantida porque o apelante estava cumprindo uma pena de prisão – embora, no caso, as condenações por delitos diferentes foram substituídas¹⁷.

Ademais, os tribunais ingleses, vez por outra, inspirados no exemplo americano e fugindo da sua orientação clássica (de aplicação retroativa do precedente), têm aplicado – ou, ao menos, discutido a hipótese de aplicar – prospectivamente, o precedente revogador.

No campo do Direito administrativo, sobretudo quando se trata de concessão dos chamados “remédios” administrativos em prol dos administrados, informa Zander, têm as cortes inglesas dado efeitos prospectivos ao precedente revogador, para evitar um inadmissível caos administrativo.

¹⁷ ZANDER (1999, p. 349-350): “In *Hawkins* (1977) 1 Cr App. Rep. Lord Bingham, Lord Chief of Justice, cited a dictum from *Mitchel* (1977) 65 Cr. App. Rep 185 where Lord Lane had said: ‘It should be clearly understood that the fact that there has been an apparent change in the law or, to put it more precisely, that previous misconceptions about the meaning of a statute have been put right, does not afford a proper ground for allowing an extension of time un which to appeal against conviction’. But in a previous case *Ramsden* [1972] Crim. L.R. 547, CA, Lord Lane had said that in such a situation the court might grant leave to appeal out of time. In the last analysis, he said, ‘this must in every case be a matter of discretion’. In *Hawkins* (1977) 1 Cr. App. Rep. Lord Bingham said ‘If such convictions were to be readily reopened in would be difficult to know where to draw the line or how far to go back’. The general practice of the Court he said was to set its face against the reopening of convictions in these circumstances, but the Court should ‘eschew undue technicality and ask whether any substantial injustice has been done’. In *Hawkins*, he acts, so leave to appeal out of time after a change in the relevant principle of law was refused. But in *David Cooke* (2 December 1996, unreported, CA No. 9604988) the decision went the other way. Leave to appeal out of time was granted because the appellant was serving a prison sentence – though, in the event, convictions for different offences were substitute”.



Outrossim – e isso é muito importante – em pelo menos dois casos recentes (recentes para a Inglaterra), *Jonesv. Secretary of State for Social Services* [1972] AC 944 e *Miliangosv. George Frank (textiles) Ltd* [1976] AC 443, Lord Simon of Glaisdale considerou, positivamente, a hipótese de aplicação prospectiva, afirmando, no primeiro deles, o seguinte:

Restou-me a sensação de que, teoricamente, de alguma forma, o resultado mais satisfatório para estas apelações seria tê-las permitido sob fundamento de que elas foram governadas pela decisão do caso *Dowling*, mas ter por revogada esta decisão prospectivamente. Tal poder – de rejeitar prospectivamente uma decisão anterior, mas de forma que não afete necessariamente as partes perante a corte – é exercitável pela *Supreme Court of the United States*, que o considerou como fundamentado no *common law*: veja-se *Linkletter v. Walker* (1965) 381 U.S. 618. (...) a verdadeira, mesmo que limitada, natureza da elaboração judicial do Direito tem sido mais amplamente reconhecida em anos recentes; e a declaração de 20 de julho de 1966 pode ser parcialmente considerada como uma parte desse processo. Poderia ser argumentado que um passo adicional, para investir Suas Excelências com os poderes mais amplos e flexíveis da *Supreme Court of the United States*, não seria mais do que uma extensão lógica das realidades atuais e dos poderes já estabelecidos, sem provocar objeções de outros órgãos constitucionais. Mas minha própria opinião é que, embora tal extensão devesse ser seriamente considerada, seria preferivelmente matéria sujeita à decisão do Parlamento. Em primeiro lugar, a opinião mais conhecida dos operadores do Direito é no sentido de que Suas Excelências não têm poder para revogar decisões com efeito prospectivo apenas; tal opinião é ela mesma uma fonte de Direito; e Suas Excelências, ao se reunirem judicialmente, estão obrigados pelo Direito a evitar qualquer suspeita de tentativa de perturbar unilateralmente o equilíbrio constitucional entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Em terceiro lugar, problemas concomitantes poderiam receber atenção – por exemplo, se outras cortes supremas, dentro de suas próprias jurisdições, devam ter poderes similares de como considerar a regra do precedente; se o sistema pode e deve ser concebido para informar as cortes sobre potenciais repercussões de qualquer decisão particular; e se alguma corte (incluindo um *Appellate Committee* na Corte de Suas Excelências) deve reunir-se quando convidada a rever uma decisão prévia¹⁸.

¹⁸ “I am left with the feeling that, theoretically, in some ways the most satisfactory outcome of these appeals would have been to have allowed them on the basis that they were governed by the decision in *Dowling*’s case, but to have overruled that decision prospectively. Such a power – to overrule prospectively a previous decision, but so as not necessarily to affect the parties before the court – is exercisable by the *Supreme Court of the United States*, which has held it to be based on the common law: see *Linkletter v. Walker* (1965) 381 U.S. 618. (...) the true, even if limited, nature of judicial lawmaking has been more widely acknowledged of recent years; and the declaration of July 20, 1966, may be partly regarded as of a piece with that process. It might be argued that a further step to invest your Lordships with the ampler and more flexible powers of the *Supreme Court of the United States* would be no more than a logical extension of present realities and of powers already claimed without evoking objections from other organs of the constitution. But my own view is that, though such extension should be seriously considered, it would preferably be the subject-matter of parliamentary enactment. In the first place, informed professional opinion is probably to the effect that your lordships have no power to overrule decisions with prospective effect only; such opinion is itself a source of law; and your Lordships, sitting judicially, are bound by any rule of obviating any suspicion of endeavoring to upset one-sidedly the constitutional balance between executive, legislature and judiciary. Thirdly, concomitant problems could receive consideration – for example, whether other courts supreme within their own jurisdictions should have similar powers as regards the rule of precedent; whether machinery could and should be devised to apprise the courts of the potential repercussions of any particular



Também *Lord Diplock*, numa referência ao Direito inglês, considerou a ideia da aplicação prospectiva em palestra citada por Zander:

Lord Diplock, também, emprestou apoio à ideia. Numa conferência feita vários anos atrás, ele se referiu ao fato de que o impacto retrospectivo de decisões judiciais era uma das razões por que os juízes relutavam em corrigir erros anteriores ou em adaptar uma regra estabelecida às circunstâncias modificadas. Contudo, o efeito retrospectivo das decisões judiciais era simplesmente um reflexo da ficção legal, de modo que as cortes meramente declaram o Direito como ele sempre foi. É chegado o momento, ele pensava, ‘de refletir se nós devemos descartar esta ficção’, e ele pensava que o desenvolvimento da revogação prospectiva nas cortes de apelação nos Estados Unidos merecia consideração¹⁹.

Essas opiniões, apesar de isoladas, são sinalizações, para o futuro, no sentido de, ao menos excepcionalmente, aplicar-se, prospectivamente, o precedente revogador.

6 O DIREITO AMERICANO

Como explica Ginsburg, nos Estados Unidos, a regra é a aplicação retroativa clássica do precedente revogado, ou seja, “*como regra geral, as decisões judiciais, de fato, se aplicam a eventos que ocorreram antes que a regra nova ou modificada fosse declarada. Entretanto, quando decisões prévias são revogadas, as partes desses casos não estão livres para reabrir o caso, se ele já tiver sido objeto de um julgamento final*”²⁰.

Essa orientação é conhecida desde os albores do século XIX, quando da decisão do caso *United States v. Schooner Peggy* 5 US (1 Cranch) 102 (1801).

decision; and whether any court (including an Appellate Committee in your Lordships’ House) should sit in banc when invited to review a previous decision”.

¹⁹ Lord DIPLOCK defendeu essa ideia na palestra: *The Courts as Legislators. Holds worth Club Lecture*, 1965. p. 17-18. Apud ZANDER (1999, p. 351): “*Lord Diplock has also lent support to the idea. In a lecture several years earlier, he referred to the fact that the retrospective impact of judicial decisions was one of the reasons that judges were reluctant to correct previous errors or to adapt an established rule to changed circumstances. Yet the retrospective effect of judicial decisions was simply a reflection of the legal fiction that the courts merely expounded the law as it always had been. The time had come, he thought, ‘to reflect whether we should discard this fiction’, and he thought that the development of prospective overruling in appellate courts in the United States deserved consideration*”.

²⁰ GINSBURG (1996, p. 155): “*as a general matter, judicial decisions in fact do apply to events that occurred before the new or changed rule was declared. However, where prior decisions have been overruled, the parties to those cases are not free to reopen the case, if it has already been the object of a final judgment*”.



Todavia, a atribuição de efeitos retroativos ao precedente revogador não tem parâmetros rígidos nos Estados Unidos.

Um caso emblemático disso é *Mapp v. Ohio* 367 US 643 (1961). Neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, com base na Quarta Emenda, decidiu que era inadmissível a utilização de prova ilegalmente obtida no processo criminal. Assim agindo, a Suprema Corte revogou o anterior precedente *Wolfv. Colorado* 338 US (1949). Em virtude do precedente revogador, visando ver reconhecidos, nele, efeitos retroativos, os tribunais receberam uma enorme quantidade de pedidos de *habeas corpus* de pessoas condenadas anteriormente com base em provas supostamente ilegais, pleiteando a aplicação do novo precedente (*Mapp v. Ohio*) aos seus casos e, conseqüentemente, a absolvição.

A questão suscitou inúmeras decisões contraditórias. Relata Sesma que “*as argumentações dos tribunais intermediários de apelação estiveram divididas: os Distritos 4º e 9º estabeleceram que o precedente de Mapp fora totalmente retroativo (isto é, aplicável nos casos decididos definitivamente), enquanto que os Distritos 2º, 5º, 7º e 10º rejeitaram essa aplicação*”²¹.

A Suprema Corte americana, chamada a apreciar a questão em *Linkletterv. Walker* 381 US 618, 620 (1965), acabou por afirmar que não se podia dar efeitos totalmente retroativos à decisão de *Mapp v. Ohio*. No caso, o Justice Clark, citado por Sesma, afirmou:

Uma vez aceita a premissa de que não estamos obrigados nem se nos proíbe aplicar uma decisão retroativamente, devemos sopesar os méritos e deméritos em cada caso olhando a história anterior da regra em questão, sua finalidade e efeito, e se a operação retroativa fomentará ou retardará seu efeito. [Como] (...) os propósitos da regra *Mapp* foram os seguintes: desestimular a ação ilegal da polícia; proteger a privacidade do lar das vítimas e que os órgãos federais e estaduais tenham os mesmos padrões jurídicos. Dar à regra *Mapp* um efeito completamente retroativo – disse – não serviria a estes propósitos²².

²¹ SESMA (1995, p. 173): “*las argumentaciones de los tribunales intermedios de apelación estuvieron divididas: los Distritos 4. y 9. establecieron que el precedente de Mapp fuera totalmente retroactivo (es decir, aplicable en los casos decididos definitivamente), mientras que los Distritos 2., 5., 7. y 10. rechazaron esta aplicación*”.

²² Apud SESMA, *ibid.*, p. 173: “*Una vez aceptada la premisa de que no estamos obligados ni se nos está prohibido aplicar una decisión retroactivamente, debemos sopesar los méritos y deméritos en cada caso mirando la historia anterior de la regla en cuestión, su finalidad y efecto, y si la operación retroactiva fomentará o aplazará su efecto*”. [Como] “*(...) los propósitos de la regla Mapp fueran los siguientes: desalentar la acción ilegal de la policía; proteger la privacidad del hogar de las víctimas y que los órganos federales y estatales tengan los mismos estándares jurídicos. Dar a la regla Mapp un efecto completamente retroactivo – dijo – no serviría a estos propósitos*”.



Na realidade, no direito americano, seja na Suprema Corte seja em diversos estados dessa Federação, de modo diverso do que ocorre na Inglaterra, frequentemente o precedente judicial revogador é aplicado prospectivamente, havendo duas formas de os tribunais americanos decidirem sobre a eficácia temporal de um precedente novo: a) ao anunciar a nova regra, indicar, simultaneamente, a partir de quando aplicá-la a outros casos²³, como ocorreu em *Durham v. United States* 214 F. 2d 862 (1954); e b) deixar a questão para a corte onde, porventura, esta questão, no futuro, seja controvertida, que, aliás, é o que normalmente ocorre.

É interessante notar que o primeiro caso na Suprema Corte do Estados Unidos em que, claramente, se decidiu pela validade da aplicação prospectiva de um precedente revogador foi *Great Northern Ry v. SunburtsCo.* 287 U.S. 358 (1932). A Suprema Corte dos Estados Unidos foi chamada a decidir sobre a validade das decisões da Suprema Corte do Estado de Montana nos casos *Sunburst Oil & Co. v. Great Northern Ry* 91 Mont. 216 7 P.2d. 927 (1932) e *Montana Horse Products Co. v. Great Northern Ry* 91 Mont. 194, 7.2d 919 (1932), em que o Tribunal Estadual havia entendido como meramente prospectivos os efeitos da revogação do precedente *Doney v. Northern Pacific Ry* 60 Mont 209, 199 Pac. 432 (1921), baseado na confiança que as partes implicadas tinham no precedente revogado, quando realizaram os seus negócios, assim como na injustiça, *in casu*, de uma revogação com efeitos retroativos²⁴. Na ocasião, o grande *Justice* Cardozo, falando pela unanimidade da Suprema Corte americana, confirmou a validade da aplicação prospectiva em questão, afirmando ser dado a um tribunal reconhecer tanto eficácia retroativa como prospectiva ao precedente revogador. E o fez nos seguintes termos:

Acreditamos que a Constituição Federal não tem influência sobre esta matéria. Um Estado, ao definir os limites da adesão ao precedente, pode fazer por si mesmo uma eleição entre o princípio de avançar com a aplicação ou fazê-la retroagir. O Estado de Montana tem-nos mostrado, através da decisão de seu mais alto tribunal, que, aberto a estes métodos alternativos, sua preferência foi pela primeira alternativa. Ao fazer esta escolha, está declarando o *common law* para

²³ Consoante SESMA (1995, p. 170), “*contrariamente à primeira opção, tem-se dito que de acordo com o princípio geral da criação judicial do Direito, a aplicação retroativa ou prospectiva tem que ser decidida só quando constitui o objeto de uma controvérsia concreta (como quando o é qualquer outra questão). De outro lado, a dita opinião não é senão um dictum pronunciado por um tribunal in abstracto, sem os argumentos válidos e controvertidos das partes, nem a obrigação de realizar uma análise detida dos efeitos práticos da decisão*”. “*contra de la primera opción, se ha dicho que de acuerdo con el principio general de la creación judicial del derecho, la aplicación retroactiva o prospectiva tiene que ser decidida sólo cuando constituye el objeto de una controversia concreta (como cuando lo es cualquier otra cuestión). De otro lado, dicha opinión no es sino un dictum pronunciado por un tribunal in abstracto, sin los válidos argumentos controvertidos de las partes, ni la obligación de realizar un detenido examen de los efectos prácticos de la decisión*”.

²⁴ Nesse sentido: SESMA, *ibid.*, p. 178.



aqueles que estão dentro de seus limites. (...) Se esta é a doutrina do *common law* sobre a adesão ao precedente como entendida e posta em prática pelos tribunais de Montana, não temos liberdade, com fundamento em nada que esteja contido na Constituição dos Estados Unidos, para impor sobre estes tribunais uma concepção diferente, nem sobre a força obrigatória do precedente nem sobre o significado do processo judicial²⁵.

No mais, é possível, como o faz Sesma, resumir as hipóteses em que comumente, nos Estados Unidos, aplica-se, prospectivamente, o precedente revogador:

A) Em casos penais, quando o Direito judicial estende a sanção penal a condutas que não estavam criminalizadas no Direito anterior. Nestes casos, os critérios para determinar se as garantias constitucionais no campo do processo penal vão ser aplicadas retrospectivamente exige a consideração destes três critérios: a) os fins a que servem os novos padrões; b) a extensão da confiança que têm os operadores jurídicos nos velhos padrões; e c) o efeito que teria na Administração de Justiça uma aplicação retroativa dos novos padrões. B) Em processos cíveis contra funcionários que atuaram de acordo com uma lei posteriormente declarada inconstitucional. C) Em casos cíveis contra partes que celebram um contrato ou adquirem uma propriedade confiando numa decisão (que posteriormente é derogada) ou em uma lei declarada posteriormente inconstitucional. D) Para proteger as pessoas cujos atos não estavam expostos à responsabilidade civil antes da mudança no *case Law* ^{26/27}.

²⁵ Apud SESMA (1995, p. 179-180): “*Creemos que la Constitución federal no tiene competencia sobre esta materia. Un Estado al definir los límites de la adhesión al precedente puede hacer por sí mismo una elección entre el principio de llevar adelante la aplicación o el de retrasarla. El Estado de Montana nos ha hablado a través de la decisión de su más alto tribunal que con estos métodos alternativos a él abiertos su preferencia es por el primero. Al hacer esta elección, está declarando el common law para aquellos que están dentro de sus límites. (...) Si esta es la doctrina del common law sobre la adhesión al precedente como ha sido entendida y puesta en práctica por los tribunales de Montana, no tenemos libertad, respecto de nada contenido en la Constitución de los Estados Unidos, para imponer sobre estos tribunales una concepción diferente ni sobre la fuerza obligatoria del precedente ni sobre el significado de proceso judicial*”.

²⁶ SESMA (1995, p. 174-175): “*A) En casos penales, cuando el derecho judicial extiende la sanción penal a conductas que no estaban penadas en el derecho anterior. En estos casos los criterios para determinar si las garantías constitucionales en el campo del procedimiento penal van a ser aplicadas retrospectivamente exige la consideración de estos tres criterios: a) los fines a que sirven los nuevos estándares; b) la extensión de la confianza que tienen los aplicadores jurídicos en los viejos estándares; y c) el efecto que tendría en la Administración de Justicia una aplicación retroactiva de los nuevos estándares. B) En procedimientos civiles contra funcionarios que actuaron de acuerdo con una ley posteriormente declarada inconstitucional. C) En casos civiles contra partes que celebran un contrato o adquieren una propiedad confiando en una decisión (que posteriormente es derogada) o en una ley declarada posteriormente inconstitucional. D) Para proteger a personas cuyos actos no estaban expuestos a responsabilidad civil antes del cambio en el case law*”.

²⁷ Não é diferente a lição do *Justice* Beilfuss, da Supreme Court of Wisconsin, em 38 Wis. 2d 571, 157 N. W.2d 595. Eis trechos da decisão reproduzidos por GINSBURG (1996, p. 156-157): “A regra geral a qual aderi esta corte é a ‘Doutrina Blackstoniana’. Esta doutrina estipula que uma decisão que revoga ou repudia uma decisão anterior opera retroativamente. Há, no entanto, exceções a esta regra que há muito são reconhecidas por esta corte: ‘Apesar de que parecia não haver meio termo lógico entre uma adesão total ou uma rejeição total à doutrina Blackstoniana, mesmo assim as cortes estabeleceram certas exceções a ela com o propósito de mitigar dificuldades criadas por sua aplicação literal. Sem tentar lidar exaustivamente com o assunto, poderia dizer-se, falando em termos gerais, que ao aderir à regra que uma decisão posterior atua retroativamente, as cortes criaram as seguintes exceções: (1) Onde contratos tenham sido iniciados com base numa lei interpretada por decisões anteriores. (2) Onde uma lei tenha sido declarada válida por decisões anteriores e contratos tenham sido iniciados com base na lei e nas decisões. (3) Onde uma lei criminal, que tenha recebido uma interpretação limitada por decisões anteriores, tenha sido tão



Duas últimas observações devem ser feitas para a plena compreensão do tema. A primeira é que a aplicação prospectiva de precedente revogador é muito mais comum quando a decisão considera de modo diferente o *statute law* (direito legislado), ao passo que é bem mais rara quando se trata de câmbio de orientação de matéria disciplinada apenas pelo *common law*²⁸. Em segundo lugar, é bom registrar que a aplicação prospectiva, comparativamente, tem sido mais utilizada nos tribunais estaduais que nos tribunais federais, o que demonstra um certo conservadorismo destes.

Em conclusão, pode-se dizer que, apesar de ser regra a aplicação retroativa, fica estabelecido, como critério principal para nortear a aplicação retroativa ou não do precedente revogador e em que termos isso se dará, o fim almejado pela regra contida nele e qual tipo de aplicação ficará mais próxima do que se entende por correção e justiça. E esses critérios têm de ser sopesados com outros fatores, como o grau de confiança que o Estado e os cidadãos

estendida em significado pela decisão de revogação posterior que tornou criminais atos que assim não eram sob as decisões anteriores, e a decisão posterior é passível de se aplicar àquele cujos atos foram cometidos antes de se dar à lei a interpretação ampliada. Comumente, pelos mais variados tribunais americanos, outras exceções à doutrina blackstoniana têm sido utilizadas. A aplicação retroativa foi às vezes negada quando houve grande confiança por um número substancial de pessoas numa decisão revogada e danos ou prejuízo considerável poderia resultar a elas. Também foi negada quando o propósito de se obter nova regra não pôde ser servido pela retroatividade, e quando a retroatividade tenderia impelir um fardo excessivo à administração da Justiça. 10 A.L.R. 3d 1384. Nesta jurisdição, as considerações de ‘Confiança’ e ‘Administração da Justiça’ têm sido reconhecidas. Em anos relativamente recentes, a corte aplicou exceções à doutrina Blackstoniana na área de responsabilidade civil, onde ficou claro que um motivo judicial para tanto existe. O fator confiança tem sido a consideração mais importante na ab-rogação somente prospectiva de várias imunidades em responsabilidade civil”. “*The general rule adhered to by this court is the ‘Blackstonian Doctrine.’ This doctrine provides that a decision which overrules or repudiates an earlier decision is retrospective in operation. There are, however, exceptions to this rule which have long been recognized by this court: ‘While there would seem to be no middle ground in logic, between a complete adherence to or a complete repudiation of the Blackstonian doctrine, the courts nevertheless have established certain exceptions to it for the purpose of mitigating hardships created by its literal application. With out attempting to deal exhaustively with the subject, it may be said that, generally speaking, courts adhering to the rule that a later decision operates retrospectively, have created the following exceptions: (1) Where contracts have been entered into in reliance upon a legislative enactment as construed by the earlier decisions. (2) Where a legislative enactment has been declared valid by earlier decisions and contracts have been entered into in reliance upon the statute and decisions. (3) Where a criminal statute, which has received a limited construction by earlier decisions, has been so expanded in meaning by the later overruling decision as to make acts criminal which were not such under the earlier decisions, and the later decision is sought to applied to one whose acts were committed before the statute was given the enlarged construction.’ Generally, throughout the various American jurisdiction, other exceptions to the blackstonian doctrine have been utilized. Retroactive operation has been sometimes denied where there has been great reliance on an overruled decision by a substantial number of persons and considerable harm or detriment could result to them. Is has also been denied where the purpose of the new ruling cannot be served by retroactivity, and where retroactivity would tend to thrust an excessive burden on the administration of justice. 10 A.L.R.3d 1384. In this jurisdiction the ‘reliance’ and ‘administration of justice’ considerations have been recognized. In relatively recent years the court has applied exceptions to the Blackstonian doctrine in the tort area of law where it has determined a compelling judicial reason exist. The reliance factor has been a most prominent consideration in the prospective only abrogation of the various tort immunities”.*

²⁸ Common law aqui no sentido oposto ao de *statute law* ou direito legislado.



depositaram no precedente revogado e a carga imposta à administração da Justiça na hipótese de se darem efeitos retroativos ao precedente revogador.

REFERÊNCIAS

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, [196-].

GINSBURG, Jane C. **Legal Methods**. Westbury: The Fundation Press, 1996.

NICOL, Andrew. Prospective Overruling: a New Device for English Courts? **Modern Law Review**, v. 39, p. 542, 1976.

REYNOLDS, William L. **Judicial Process in a Nutshell**. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1991.

SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995.

ZANDER, Michael. **The Law-Making Process**. 5. ed. London: Butterworths, 1999.

