

DIREITO FUNDAMENTAL DO JURISDICIONADO E DEVER FUNDAMENTAL DO ESTADO: MANTER A JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL E, EM ALGUNS CASOS, EVITAR QUE TENHA EFEITO RETROATIVO

FUNDAMENTAL RIGHT OF THE JURISDICTION AND FUNDAMENTAL DUTY OF THE STATE: TO MAINTAIN STABLE JURISPRUDENCE AND, IN SOME CASES, PREVENT IT FROM HAVING RETROACTIVE EFFECT



Teresa Arruda Alvim¹

O sistema de precedentes é novo e a questão da modulação, se foi razoavelmente estudada a luz da Lei 9.868/99, ainda está menos do que engatinhando quando se trata da figura prevista pelo novo Código de Processo Civil. O legislador processual civil foi lacônico, e transferiu a responsabilidade de criação das regras de funcionamento da modulação ao Judiciário e aos estudiosos: não há como atingir um sistema

¹ Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. *Honorary Executive Secretary General da International Association of Procedural Law*. Membro Honorário da *Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de *Derecho Procesal*, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Thomson Reuters/Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Thomson Reuters/Revista dos Tribunais. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2042349916662446>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9606-0010>.

que produza efeitos benéficos para toda a sociedade, se não houver o adequado diálogo entre esses dois setores.

Palavras-chave: Jurisprudência; Estabilização; Direito e dever; Sistema de precedentes; Modulação dos efeitos.

The system of precedents is new and the question of modulation, if it has been reasonably studied in light of Law 9,868/99, is still less than in its infancy when it comes to the figure provided for by the new Code of Civil Procedure. The civil procedural legislator was laconic, and transferred the responsibility for creating the modulation operating rules to the Judiciary and to scholars: there is no way to achieve a system that produces beneficial effects for the whole of society, if there is not adequate dialogue between these two sectors.

Keywords: Jurisprudence; Stabilization; Right and Duty; System of precedents; Effects modulation.

INTRODUÇÃO

Parece evidente existir o direito fundamental a se conhecer de antemão as regras às quais se está submetido, para que se possa planejar conduta, que seja conforme ao direito.

Este direito fundamental se liga ao princípio da legalidade, da isonomia, ao direito à previsibilidade. Em contrapartida, ao Estado cabe criar normas e fazê-las conhecidas dos indivíduos, para que este seu direito fundamental seja respeitado.

Acontece que a pauta de conduta que o jurisdicionado deve respeitar não decorre unicamente da atividade do Legislativo. Decorre de uma espécie de "combinação" entre atividades do Legislativo e do Judiciário, sendo, este último, o intérprete da lei. A lei pode dar origem a pautas de condutas diferentes, na dependência do modo como for interpretada. De certo modo, também a doutrina desempenha, às vezes em menor, às vezes em maior intensidade, um papel na versão final da norma.

Ocorre, entretanto, que, se, de um lado, leis não têm efeitos retroativos, pois não atingem a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, nem o direito adquirido, de outro lado, a mudança da jurisprudência, tem, sim, efeito retroativo.

O efeito retroativo da jurisprudência consiste na vocação que têm as mudanças de orientação dos Tribunais de atingir situações do passado, em que os agentes/atores/indivíduos terão pautado suas condutas na orientação que havia anteriormente e que foi modificada.

Destas constatações, decorrem dois deveres fundamentais do Estado, representado pelo Poder Judiciário:

1º) Não alterar seus precedentes vinculantes, suas súmulas (vinculantes ou persuasivas), sua jurisprudência pacificada, etc., de forma abrupta, da noite para o dia, de molde a surpreender o jurisdicionado e a criar tumulto e insegurança jurídica, frustrando a confiança que se deve poder ter nos atos do Estado. A produção dos Tribunais, principalmente a que é dotada de carga expressivamente normativa, deve ser estável, como a própria lei.

2º) Em alguns casos, havendo alteração de orientação, modular os efeitos da nova posição, de molde a proteger a esfera daqueles que, confiantes na orientação anterior, nesta pautaram sua conduta.

1 DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata entidades públicas e privadas. São elementos da Constituição material e se ligam à estrutura básica do Estado e da sociedade¹.

Os direitos fundamentais não podem ser concebidos se não em face de uma ordem de valores dominante, bem como "circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional"².

Evidentemente, há os direitos fundamentais não escritos, dedutíveis dos princípios fundamentais da nossa Constituição³.

São direitos fundamentais não escritos ou implícitos, posições fundamentais subentendidas, mas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ensina Ingo Sarlet.

Foi justamente esta abertura que nos inspirou a entender que o direito, que têm os indivíduos, de saber a quais pautas de conduta estão submetidos, é direito fundamental.

Para que seja garantido ao indivíduo este direito fundamental é inevitável que se entenda exigível comportamento do Estado, neste sentido. Quem cria normas de conduta é o Estado e, portanto, cabe-lhe criá-las, com antecedência, e proporcionar o conhecimento destas normas à sociedade, para que os indivíduos possam planejar suas vidas. Trata-se, portanto, de correlatos deveres fundamentais.

De fato, é surpreendente a ausência na doutrina brasileira de referências frequentes aos deveres fundamentais. Talvez esta situação seja fruto da preocupação exacerbada, que se instalou na Europa, com criar regimes que garantissem de forma efetiva os direitos fundamentais, afastados pelos

¹ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88.

² SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88.

³ Ingo Sarlet. *Idem*, *ibidem*.

regimes totalitários⁴.

Este caminho se iniciou com a "era dos direitos", iniciada com a revolução francesa e maximizada no pós guerras.

Interessa, para estas anotações, a noção de deveres fundamentais ligada à atividade do Estado.

Deveres fundamentais dizem respeito a posições:

[...] do mais elevado significado para a comunidade ou, o que é a mesma coisa, hão de revelar-se importantíssimas para a existência, subsistência e funcionamento da sociedade organizada, num determinado tipo constitucional de Estado ou para a realização de outros valores comunitários com forte sedimentação na consciência jurídica geral da comunidade (NABAIS, 2015, p. 72 – 73)⁵.

Esta noção não exclui, mas, ao contrário, abrange a necessidade de se atribuírem deveres fundamentais ao próprio Estado. De fato, criarem-se ou, segundo outra ótica, reconhecerem-se direitos fundamentais, sem que haja os correlatos deveres, pode ser estrutura de pouca operatividade.

A nosso ver, como dissemos antes, não há como deixar de compreender como um direito fundamental a ciência prévia das regras nas quais os indivíduos devem basear suas condutas. Esta cognição prévia é noção e, de rigor, é exigência, do próprio Estado de Direito. De fato, uma das características principais do Estado de Direito é a de que governantes e governados estejam sujeitos às mesmas normas, que, óbvia e evidentemente, devem ser previamente conhecidas e, como regra, não podem ter efeitos retroativos, i.e., atingir situações passadas.

A nosso ver, não há como deixar-se de ver este direito como direito fundamental. O óbice teórico

decorrente de uma concepção superada da teoria da separação das funções do poder não deve cegar o jurista: o juiz cria, sim, em alguma medida, direito. Por isso, o dever fundamental de estabilidade e de modulação se dirige TAMBÉM ao Poder Judiciário. É dever fundamental do Estado, porque corresponde a um direito fundamental do indivíduo.

O sistema de precedentes, vinculantes ou não, trazido pelo CPC de 2015, somado ao imenso valor que esta lei dá à jurisprudência, concretiza valores de índole evidentemente constitucional, sintetizáveis na expressão segurança jurídica.

Analiticamente, pode-se pensar na isonomia, na previsibilidade, na coerência do direito e, sobretudo, a partir da ótica do jurisdicionado, no princípio da confiança.

Neste sentido, manifesta-se Fabio Monnerat (2019):

O que esse novo sistema propõe é que a atividade jurisdicional funcione como uma atividade essencial para a definição concreta do direito, impedindo que a jurisdição seja exercida pelos diversos órgãos jurisdicionais de maneira dispersa e desconectada, o que gera não apenas uma gama incoerente de respostas díspares, como também estimula a litigância e eterniza discussões repetitivas que são diariamente renovadas em processos individuais.⁶

Toda a base principiologica deste novo cenário, de raízes constitucionais, está no art. 926 do CPC.

Indubitavelmente, admitir-se que o juiz "cria direito", ou que cabe ao Judiciário dar a versão final da norma, é o pano de fundo de muito do que vem acontecendo no processo civil, nos últimos tempos, i.e., mesmo desde antes da revogação do CPC de 1973.

⁴ "E um factor de panjusfundamentalização têm-lo, desde logo, no esquecimento a que têm sido votados os deveres fundamentais, esquecimento esse que mais não é do que o culminar da 'era dos direitos' iniciada com a Revolução Francesa. Expressão, a nosso ver, de um esquecimento mais amplo, como é o da responsabilidade comunitária, o esquecimento (senão mesmo a 'repressão' [À repressão dos deveres fundamentais se refere J. ISENSEE, «Die verdrängten Grundpflichten des Burgers. (Ein grundgesetzliches Interpretationsvakuum)», Die öffentliche Verwaltung, 35 (1982), p. 6189 e ss., tendo em conta a situação vigente na Alemanha no segundo pós-guerra]) de que os deveres fundamentais foram objeto na Europa ocidental do segundo pós-guerra explica-se basicamente com a preocupação, senão mesmo com a obsessão, de instaurar regimes constitucionais que, de uma vez por todas, dessem predominância clara e efetiva aos direitos fundamentais, que os regimes totalitários e autoritários haviam postergado a favor dos deveres fundamentais, que polarizaram, quando não monopolizaram totalmente, o estatuto constitucional dos cidadãos.

Daí que os textos constitucionais aprovados a seguir à segunda Guerra Mundial, mesmo quando não chegaram ao extremo de não utilizarem sequer o termo dever, como o fez a Lei Fundamental Alemã, tenham reservado para os deveres fundamentais um modesto lugar quando

comparado com o tratamento intenso e extenso dado aos direitos. Uma posição que, convém acentuá-lo, não foi contraditada pela doutrina, pois também esta não encontrou no tema dos deveres fundamentais um objeto, e muito menos um objeto aliciante, das suas meditações. Efetivamente, tirando a Itália, onde ainda na década de sessenta duas monografias os versaram mais ou menos desenvolvidamente [Foram seus autores: G. LOMBARDI, Contributo allo Studio dei Doveri Costituzionali, Milano, 1967, e C. CARBONE, I Doveri Pubblici nella Costituzione, Milano, 1968], podemos dizer que os deveres fundamentais estiveram no defeso praticamente até finais da década de oitenta [Relativamente à situação paradigmática verificada na Alemanha, em que os deveres fundamentais constituíram um verdadeiro assunto «tabu» até finais da década de setenta. Cf. O. LUCHTERHANDT, Grundpflichten als Verfassungsproblem im Deutschland, Berlin, 1988, esp. p. 22 e ss. e 395 e ss.]. (NABAIS, Casalta. Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 2 e ss.).

⁵ NABAIS, Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 72 e ss.

⁶ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 62.

Esta consciência, que agora se revela abertamente, no sentido de que mesmo a operação interpretativa mais simples é capaz de "criar" norma diversa da literalidade do dispositivo, é que cria inexoráveis consequências, de que cuida o CPC de 2015; de fato, se a jurisprudência tem carga normativa: (i) dever ser estável; (ii) tem que ser uniformizada; muitas vezes, (iii) deve ser imposta; (iv) e, finalmente, os efeitos das mudanças devem ser modulados, em muitos casos.

O autor antes citado, que se ocupa com profundidade do tema, afirma que o art. 926 cria verdadeiros deveres. Este autor faz alusão ao dever de uniformização, de formalização, de orientação, de adstrição ao caso concreto e, finalmente, de modular.

Trata, também, do dever de estabilidade, observando que a estabilização pressupõe uniformização⁷.

A nosso ver, estes deveres são qualificáveis como deveres fundamentais.

Trata-se do dever que têm os Tribunais de respeitar o precedente ou a jurisprudência pacificada, no plano horizontal: o tribunal, a câmara, a turma, o juiz devem respeitar suas próprias orientações.

A necessidade de estabilidade da ordem jurídica é fenômeno que deve ser associado tanto ao texto do direito positivo, quanto, óbvia e evidentemente, à sua interpretação: ou é assim, ou não haverá segurança jurídica. Portanto, o Poder Judiciário é destinatário deste dever, no sentido de manter o direito estável⁸.

Necessário que se diga que a estabilidade não se confunde com a imutabilidade. Aliás, a ideia de mudança convive com a estabilidade. Mas a mudança há de ser lenta, e, no novo, ainda se deve sentir algo que lembre o velho.

Não sendo cumprido este dever fundamental do Estado, cabe-lhe neutralizar os efeitos nocivos de sua conduta por meio da manipulação dos efeitos da mudança de orientação, é a modulação.

2 POR QUE MUDA A JURISPRUDÊNCIA? QUANDO ESTA MUDANÇA É BEM VINDA?

Embora a jurisprudência deva ser estável, - é bastante frequente a sua mudança⁹⁻¹⁰. Pode mudar por diversas causas.

A primeira das razões (1), absolutamente legítima, que leva à alteração da jurisprudência, é a necessidade de que o direito se adapte a mudanças que há na sociedade, para melhor servi-la. Esta adaptação se dá, em certos campos do direito, muito frequentemente, por obra do labor dos juízes. Envolve, portanto, necessariamente, alterações da jurisprudência.

Outra, (2) de que adiante trataremos, é a necessidade de se corrigirem erros¹¹.

A nosso ver, essas duas circunstâncias são as que, de fato, justificam que haja mudança de orientação jurisprudencial, embora existam outras duas, versadas mais à frente.

Voltemos à primeira delas. Uma das facetas da segurança jurídica é decorrente da existência de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e a vida real. Portanto, alterar a jurisprudência dominante, para adaptar o direito à realidade, ao contrário do que poderia parecer, contribui para a concretização da segurança jurídica¹².

É comum que, nos campos do direito, a que temos chamado de ambientes decisoriais ou ambientes normativos "frouxos", o legislador se sirva de linguagem aberta, justamente para viabilizar a alteração do sentido que se venha a dar aos termos usados pela lei, adaptando-a à realidade.

No direito há também ambientes normativos mais rígidos ou "duros", que são aqueles em que à segurança jurídica, à previsibilidade, se dá imensa relevância. Nestes ambientes, o princípio da legalidade estrita desempenha importantíssimo papel. Ambientes deste tipo são, por exemplo, o direito penal e o direito tributário.

⁷ "Nesse sentido, uniformidade e estabilidade não se confundem, mas se complementam". Idem, *ibidem*. O que ocorre, de rigor, é que a estabilidade pressupõe uniformização, portanto o art. 926 do Código deve ser compreendido em sequência, ou seja, uma vez uniformizada a jurisprudência, o entendimento uniforme deve ser preservado e mantido *dali em diante*". (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Op. cit.*, p. 93).

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 103.

⁹ "A autoridade dos precedentes dos tribunais superiores é fundamental para a coerência da ordem jurídica, assim como para a tutela da previsibilidade e da confiança nos atos do Poder Judiciário. Tal autoridade, no entanto, não depende apenas do respeito dos órgãos judiciais inferiores. *O próprio tribunal responsável pela elaboração do precedente deve observá-lo, sem o que, em verdade, os precedentes não passariam de anúncios passageiros do semblante do Direito*" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia temporal da*

revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011 - grifo nosso).

¹⁰ "Overruling should generally remain limited", diz STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*. Springer International Publishing Switzerland, 2015. (Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law 3). p. 17.

¹¹ De fato, é o que diz indiretamente, Victoria Iturralde Sesma: "Si la sociedad fuera estática y los tribunales infalibles, esto presentaría pocos problemas; pero como los tiempos cambian y los tribunales se equivocan (...)". Veja-se que a autora alude às duas razões que levam à mudança da jurisprudência: alterações da sociedade e necessidade de correção de erro (SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el common law*. Madrid: Civitas, 2005 p. 169).

¹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 249.

Nos ambientes normativos mais flexíveis, ou "frouxos", isto não acontece. Importa mais chegar-se à solução correta e o juiz, muito frequentemente, desempenha papel de relevo na evolução do direito. Nestes campos está, por exemplo, o direito de família.

Assim, nas áreas mais "móveis" ou mais flexíveis do direito (os ambientes decisórios "frouxos"), o uso de técnicas legislativas que apagam os nítidos contornos dos conceitos-parâmetro de decisão, roubando-lhes a nitidez, tendem a ser mais frequentes.

Estas técnicas são o uso de conceitos vagos (ou indeterminados) e cláusulas gerais.

Trata-se de técnicas operativas, que driblam a complexidade das sociedades contemporâneas e compensam a velocidade com que se operam as alterações na vida atual. De fato, hoje as sociedades são mais complexas e o sonho do acesso à justiça, em uma considerável medida, realizou-se. Sem estes expedientes, os juízes não poderiam julgar.

Estas técnicas possibilitam decisões mais rentes à realidade e proporcionam que a norma escrita dure mais no tempo.

Os exemplos são inúmeros: baixa renda, castigar imoderadamente, marca notória, bom pai de família, interesse do menor, como conceitos vagos; boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da propriedade, como cláusulas gerais.

É natural que nesses ambientes normativos decisórios frouxos haja um número significativo de previsões legais usando essas técnicas¹³.

Em casos assim, é claro que o juiz cria direito¹⁴. Só que, evidentemente, cada juiz e cada tribunal do país não pode criar o direito à sua maneira!

Por isso, a necessidade de estabilidade e harmonização. Com a mudança (e nestes casos, sim, pode e deve haver mudanças!) há nova estabilização e conseqüente harmonização.

Nesses casos, se percebe com nitidez que "os papéis do juiz e do legislador são complementares – o legislador edita uma norma genérica e o juiz torna os princípios, nela contidos, concretos"¹⁵.

Outra abertura que o direito tem em relação à realidade, que são verdadeiros "poros" do sistema, além dos conceitos vagos e das cláusulas gerais, são os princípios jurídicos. De fato, nota-se, claramente, que, nas últimas décadas, princípios vêm-se tornando elementos centrais da argumentação jurídica, tanto nos países de *civil law*, quanto nos de *common law*. Basta mencionarmos dois expoentes na matéria, cujos nomes são sempre lembrados: Dworkin e Alexy.

Foi uma evolução lenta, mas visível, que conferiu, aos princípios jurídicos, o status diferenciado que têm, atualmente.

Também são, geralmente, normas vagas, não necessariamente escritas, que incorporam valores.

Então, o direito muda, em parte, para adaptar-se à realidade. A forma como os dispositivos legais são redigidos facilita esta adaptação, porque as expressões, neles contidas, podem ser interpretadas, ao longo do tempo, de modos diferentes¹⁶.

A jurisprudência deve, entretanto, alterar-se, lentamente, para adaptar o direito à sociedade. A sociedade é um organismo vivo e, portanto, muda, sempre, devagar¹⁷.

¹³ Cláudia Aparecida Cimardi aborda a necessidade de os tribunais "rejuvenescerem" os textos normativos, para adaptá-los às novas necessidades sociais. Também sustenta que há áreas do direito em que há mais abertura para que elementos da realidade fática sejam juridicizados (CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes gerados no julgamento das causas repetitivas pelo novo CPC. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: RT, 2017. item 3.2.2, p. 170).

¹⁴ Reconhecendo esta possibilidade de o juiz criar direito, observa, lucidamente, Michele Taruffo (Precedente e Giurisprudenza. Napoli: Editoriale Scientifica srl, 2007, p. 11) "Por outro lado é a jurisprudência que se constitui no conteúdo efetivo do assim chamado direito vivo, que representa em muitos casos o direito de que dispomos – por exemplo, quando os juízes criam direito preenchendo lacunas da lei – ou o verdadeiro direito do qual dispomos – quando o juiz cria direito interpretando cláusulas gerais ou qualquer outro tipo de norma". "D'altra parte, è la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. diritto vivente, il quale rappresenta in molti casi il diritto di cui disponiamo – ad esempio quando i giudici creano diritto colmano lacune – o il vero diritto di cui disponiamo – quando il giudice creano diritto interpretando clausole generali, o qualunque altro tipo di norma" (grifo nosso)

¹⁵ No original: "(...) the role of the judges and the legislators are complementary – the legislator sets out general rules and the judge renders principles concrete". (BELL, John.

Judiciaries Within Europe: a Comparative Review. Cambridge Studies in International and Comparative Law, CSICL, New York: Cambridge University Press, 2006. p. 145).

¹⁶ Ingênuo o legislador das alterações recentemente introduzidas na LINDB, imaginando que as alterações aconteceriam só nestes casos!

¹⁷ Sugerindo que haja sempre a sinalização ou o Warnurteil para que seja sempre suave a alteração da orientação adotada por precedente ou pela jurisprudência consolidada, diz Daniel Mitidiero que: "A mudança do precedente não pode causar surpresa injusta (unfair surprise) nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes. Nessa linha, o ideal é que a superação do precedente seja sinalizada (signaling) pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para indicar à sociedade civil a possibilidade de mudança de orientação. Pela sinalização, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não distinguem o caso decidido e nem superam o precedente total ou parcialmente, mas apenas manifestam publicamente preocupação a respeito da adequação da solução nele contida. A sinalização é um modo de pavimentar o caminho para uma superação suave do precedente, isto é, não abrupta. Idêntica função pode ser desempenhada pela técnica análoga do chamado 'julgamento-alerta'. Embora o Código não tenha previsto um dever de alerta, é altamente recomendável semelhante sinalização". (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 132).

Mudanças bruscas não são uteis, nem desejáveis¹⁸.

Mas a jurisprudência também muda para que se corrijam erros, reconhecidos abertamente. (2)

Veja-se um exemplo: prevalecia, no STF, o entendimento segundo o qual associações formadas por outras associações não seriam entidades de classe com legitimidade para propor ADIn¹⁹.

Essa decisão foi, posteriormente, tida como jurisprudência defensiva, concebida quando havia receio de que a ADIn fosse banalizada, em virtude do aumento do número de legitimados, conforme rol da CF de 1988. Foi superada pela ADIn 3.153-8, rel. Min. Celso de Mello (vencido), rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12.08.2004, DJ 09.09.2005. Nessa decisão, que julgou o mérito da ADIn, considerou-se que confederações sindicais podem, sim, ser autoras de ADIns. O entendimento superado, ao que parece, foi considerado mais errado, do que, propriamente, superado.

Fernando Torreão cita, em trabalho ainda não publicado, o caso do cancelamento da Súmula 603/STJ. Em 22.02.2018, a 2.ª Seção aprovou esta Súmula, que dizia: É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntistas para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluindo o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual.

Seis meses depois, no julgamento do REsp 1.555.722/SP, a mesma 2.ª Seção resolveu cancelar a Súmula, sem, contudo, editar outra, em seu lugar.

O mencionado autor critica o ocorrido, observando que, muito provavelmente, se entendeu que a Súmula seria incorreta, embora não se tenha dito isso de modo expresso²⁰.

Por fim, a jurisprudência se altera por, ainda, outras duas outras razões (3) mudança de composição da Corte; (4) mudança de opinião dos (mesmos) julgadores.

No Brasil, diz, com razão, Ronaldo Cramer, parece que se considera "normal" entender que a jurisprudência não é do tribunal, mas da atual composição de magistrados do tribunal. Logo, mudando

a composição humana da Corte, altera-se a jurisprudência: altera-se o direito²¹.

O mesmo autor afirma, com veemência, que a jurisprudência de um tribunal, na verdade, não deveria alterar-se só porque mudaram os seus componentes.

Também faz alusão às duas primeiras causas a que nos referimos: adaptação do direito à nova realidade moral/ética/social etc. ou correção de erro²².

Nem sempre é fácil separar-se a correção de erro da mudança de opinião. Como também é difícil se dizer que, quando muda a composição humana de uma Corte, os novos juízes (Ministros ou Desembargadores) não considerem, com a nova posição adotada, que estariam corrigindo erro anterior.

Em todo o caso, parece que, nessas duas últimas hipóteses, o recomendável seria que alteração não houvesse, salvo se ficasse evidente ter havido erro anterior.

O art. 926, caput, é claro ao criar este dever, que reputamos fundamental, para a magistratura: gerar estabilidade. O mesmo se pode dizer do art. 927, § 4º – diz o legislador da mudança, deve-se levar em conta "os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia".

Qualquer alteração de rumos da jurisprudência relevante (= que tem carga normativa) abala a segurança jurídica, trai a confiança do jurisdicionado e ofende a necessidade de igualdade. Por isso, devem-se ponderar valores, colocando-se a questão: vale a pena a mudança? (Art. 927, § 4º)

É desejável que as alterações de jurisprudência se deem de modo expresso, com referência explícita à posição abandonada. Muito criticável a *stillschweigende Änderung* ou implícite *Änderung*²³.

É necessário, também, que se explicitem os motivos que levaram à alteração da posição antes adotada. A lei brasileira é, hoje, expressa a esse respeito (art. 927, § 4º).

Como observa Ricardo Villas Bôas Cueva, a mudança da jurisprudência nem sempre acontece, infelizmente, de modo claro, o que é inteiramente indesejável e gera custos para os jurisdicionados. A Suprema Corte dos Estados Unidos tem praticado o *stealth overruling* (revogação furtiva ou camuflada do

¹⁸ Luca Passanante (Il precedente impossibile, contributo allo studio del diritto giurisprudenziale del processo civile. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018. p. 319), em interessante trabalho recentemente publicado, dedica um capítulo a reflexões sobre o que deveria acontecer para que o prospectivo *overruling* não fosse necessário. Observa que não deveria haver *overruling* repetidos, pois as decisões deveriam ser fruto de atenta e lenta ponderação, amadurecida por meio de obter dicta; *overruling* nunca poderia ser imprevisível; nunca poderia ser lesivo.

¹⁹ ADIn 993, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.03.1994, DJ 22.04.1994, p. 8941 (v.u.).

²⁰ CARVALHO, Fernando Gaião Torreão de. A função constitucional do Superior Tribunal de Justiça e a necessidade de readequação da técnica de julgamento do recurso especial. Dissertação de Mestrado – Instituto Brasileiro de Direito Público, 2019. p. 80-81.

²¹ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 147.

²² *Ibidem*, p. 150.

²³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. item 7.3, p. 248. Seria, esta, uma mudança de jurisprudência "disfarçada", não explícita.

precedente). Talvez, comenta o autor, esta prática sirva para evitar críticas da opinião pública²⁴.

3 QUANDO NÃO DEVERIA TER HAVIDO ALTERAÇÃO, DEVE HAVER MODULAÇÃO

Existem, a nosso ver, alguns critérios para que se perceba em que espécie de casos seria recomendável a modulação.

Quando a jurisprudência, pacificada e tranquila, se altera, ou quando muda entendimento adotado em precedente vinculante ou em súmula vinculante ou persuasiva, de modo brusco e repentino, o Estado está agindo contra *factum proprium*.

É diferente esta situação, daquela em que um precedente ou uma linha firme de orientação jurisprudencial vai-se desgastando aos poucos, o que faz com que, paulatinamente, deixe de ser um parâmetro de previsibilidade, infundindo confiança.

O desrespeito ao dever fundamental de estabilidade faz nascer um outro dever: o de modular.

Este, então, é um primeiro critério: a forma como se dá a alteração de orientação de um Tribunal cujas decisões tenham carga normativa. Com a modulação, se prestigia a confiança do jurisdicionado na pauta de conduta existente.

Um segundo critério, que nos parece capaz de auxiliar na identificação de casos em que deve haver modulação, é o de se tratar de situação em que o ambiente decisional seja rígido²⁵ e que, por isso, a

nosso ver, em tese, não se recomendaria que a alteração do direito (= da pauta de conduta) se desse por obra do Poder Judiciário²⁶.

Esta ideia, no sentido de que há ambientes, no direito, permeados por princípios e normas mais duros, inflexíveis, e outros, em que os princípios são mais suaves, não corresponde precisamente aos ramos do direito, vistos como um todo.

No direito civil, por exemplo, uma área rígida é a que disciplina os direitos reais. Área que chamamos de ambiente decisional frouxo é a disciplina dos contratos.

No campo penal, já que consiste naquilo que chamamos de ambiente decisional rígido, também deve, em princípio, haver modulação²⁷. De molde, sempre, a salvaguardar direitos do cidadão, principalmente os decorrentes do princípio de que "não há crime, sem lei anterior que o preveja"²⁸. Interpretação benéfica retroage, o mesmo não se podendo dizer quanto às decisões que são desfavoráveis aos réus²⁹.

Deve haver modulação quando a mudança de orientação prejudica o particular³⁰, quando se trata de caso que envolva, direta ou indiretamente,

²⁴ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram a jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º do NCPC). In: ARAUJO, Raul; LIMA, Tiago Asfor Rocha; SOUZA, Cid Marconi Gurgel de (Org.). Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 113

²⁵ Conceito já referido anteriormente, item 3. Exatamente nesse sentido, Eva Steiner: "As indicated above, a first attempt towards systematization consists in distinguishing between different fields of law. Three relevant areas have been generally identified in the foreign material under review: criminal law, civil law and tax law. They are now considered in turn" (STEINER, Eva. Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions. Springer International Publishing Switzerland, 2015. (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3). p. 18).

²⁶ Inegavelmente, no direito tributário: "Ora a mesma técnica, os mesmos critérios de segura aplicação do princípio da irretroatividade das leis devem reger a irretroatividade das modificações jurisprudenciais. É evidente que a confiança está pressuposta, como confiança sistêmica, difusa. Todos devem acreditar, crer, confiar honestamente nos comandos do legislador e dos tribunais superiores. E isso se protege. E se protege de modo tão intenso, que a responsabilidade pela confiança não emerge, nem precisa ser percebida, está lá onde a segurança reina absoluta" (DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009. p. 595).

²⁷ Dissemos neste trabalho, anteriormente, que há certos campos do direito, que chamamos de ambientes decisais rígidos, em que as alterações do direito devem operar-se por obra do Poder Legislativo. Quando o Poder Judiciário cumpre

esta função, que, de rigor, não seria sua, deve haver modulação. Alaor Leite: "O problema não está na alteração de algo existente, mas na constituição de algo inédito por fonte, em princípio, incompetente" (LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. Actas do Colóquio o Direito Penal e o Tempo. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. p. 87).

²⁸ Tratando-se a retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, afirma Rui Medeiros que as mesmas razões que devem levar a que se pense na irretroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de normas penais, devem estender-se às normas processuais penais, principalmente àquelas que podem contribuir para que a decisão final seja mais gravosa ao réu (MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 593-594).

²⁹ Mesmo raciocínio é desenvolvido por ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: RT, 2016. item 3.29.4, p. 646.

³⁰ Ravi Peixoto faz menção ao requisito genérico do prejuízo que adviria a parte pela adoção da nova regra, que veio com a alteração do entendimento adotado (PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: RT, 2017. p. 948).

o Estado³¹. Este é um terceiro critério. Se a nova posição prejudicar o particular, deve haver modulação. Não deve o particular arcar com os ônus decorrentes da incoerência da conduta dos representantes do Estado.

A modulação é um instrumento para que o particular possa defender-se contra o Estado! Quando a jurisprudência muda, repentinamente³², o Estado (o Judiciário) está incorrendo, como observamos há pouco, em conduta encartável na má-fé objetiva: é um venire contra factum proprium.

Alteram-se as regras segundo as quais deve pautar-se a conduta dos indivíduos, o que já é indesejável; alteram-se, e, a nova regra, ainda por cima, prejudica o particular! É evidente que este não pode ser duplamente prejudicado.

De fato, esse é o terceiro critério para indicar dever haver modulação: a nova posição ou o novo entendimento do tribunal é desvantajoso para o particular³³, quando se tratar de hipótese que envolva o Estado³⁴.

Pode-se dizer que se o particular fosse lesado, em casos como o que se descreveu supra, estaria pagando por um "erro" do próprio Estado (Judiciário) para favorecê-lo (ao Estado)³⁵.

Georges Abboud (2016) menciona tal critério, quando trata da modulação de decisão em controle de constitucionalidade, mas seu raciocínio se aplica também à hipótese de mudança da jurisprudência ou alteração de precedente vinculante. Assevera, com razão, deverem prevalecer direitos fundamentais, mesmo em detrimento do interesse público. O dogma

de que o interesse público sempre deve prevalecer deve ser afastado, pois se baseia na falsa concepção de que os direitos fundamentais seriam "direito privado" e nunca poderiam prevalecer sobre interesse público. São oponíveis contra o Poder Público e contra outros particulares, não devendo "ceder" em nome de interesses públicos.

Direitos fundamentais têm apoio na Constituição. São conquista histórica e entendê-los como direitos "privados", que devem "ceder", quando postos lado a lado com o interesse público, consiste em verdadeiro retrocesso do próprio processo de civilização. São direitos "fortes", exercitáveis contra o Governo e se constituem em limitação ao agir do próprio Governo³⁶.

O interesse público, por si só, não garante a preservação de direitos fundamentais, nem estes podem ser apequenados em nome daquele.

Em todo o caso, a argumentação de que a modulação "traria benefício" para a sociedade como um todo ou para o Governo, não se pode consubstanciar em fundamento único da modulação. A modulação, ao contrário, consiste em técnica para proteger, acima de tudo, direitos fundamentais contra a constatação da inconstitucionalidade da norma ou de certa interpretação que a esta se tenha dado e contra a mudança brusca de entendimento jurisprudencial, que venha a prejudicar o particular.

Embora seja clássica a afirmação no sentido de que entre o interesse público e privado, deve prevalecer aquele, esta, como dissemos há pouco, deve

³¹ Inevitável a analogia com a anulação dos atos administrativos. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: atos restritivos da esfera jurídica dos administradores, se eram inválidos, o ato que declara esta invalidade deve produzir efeitos retroativos. Ao contrário, efeitos apenas prospectivos devem ser dados à declaração de invalidade de ato administrativo ampliativo da esfera jurídica do administrado – efeito ex nunc (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 472).

³² Salvo quando estiver adaptando o direito às alterações da sociedade.

³³ No âmbito tributário, isso é comum. Jeferson Teodorovicz, em denso artigo, trata da indesejável instabilidade da jurisprudência brasileira no campo tributário, observando que, já que o legislador não pode impedir tais mudanças, devem-se fixar limites aos efeitos de tais mudanças, protegendo a segurança jurídica. Devem ter efeitos prospectivos as mudanças que prejudicam o contribuinte, sendo lícita a argumentação consequencialista, ao lado da jurídica em sentido estrito (TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 131, p. 65-126, nov./dez. 2016).

³⁴ Nesse sentido, Antonio Alves Pereira Netto: "Essas opiniões se alinham no sentido de que a modulação dos efeitos, além de ser instrumento de cunho excepcional, deve se dar somente em favor do contribuinte, aquele que é o protegido pelo primado da segurança jurídica" (PEREIRA NETTO, Antonio Alves. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2015. p. 140). Entretanto: "A prática do STF, todavia, tem apontado no sentido oposto, deixando de aplicar a modulação de efeitos quando tal providência se mostraria favorável aos contribuintes e utilizando essa ferramenta para impossibilitar a repetição de indébito decorrente da inconstitucionalidade de norma tributária, como pode ser visto a partir dos RE 556.664, 559.882, 560.626 e 559.943 (julgados conjuntamente), do RE 353.657 e dos RE 377.457 e 381.964" (...) "Quando se trata da inconstitucionalidade de normas tributárias, é certo que as questões acima ganham maior complexidade. Por ser característico pela sua maior rigidez, o Direito Tributário traz nos dois polos de qualquer litígio interesses de peso para o sistema jurídico: de um lado, as razões do Estado; de outro, os direitos dos contribuintes, aos quais já foi reconhecido o status de direito fundamental, conforme exposto" (ibidem, p. 143).

³⁵ A doutrina, além de escassa, não é uníssona. Diego Diniz Ribeiro sustenta que a modulação também deve haver a favor do Estado (Fisco). "Diante dessas considerações, torna-se inegável afirmar que uma decisão judicial proferida pela mais alta corte do País gera uma expectativa jurídica também para o Estado-administração, razão pela qual, em caso de mudança jurisprudencial, esta expectativa deve ser respeitada. Por tais razões, a nosso ver é perfeitamente admissível a modulação de efeitos em matéria tributária não só em prol do contribuinte, mas também em benefício do Erário, tudo em respeito aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança" (RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e a jurisprudência do STF. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 178, jul./2010, p. 37).

³⁶ ABBODD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: RT, 2016. item 3.29.2.3, p. 367.

ser compreendida com cuidado. Não se pode mais dizer isto sem se fazer a observação de que o interesse público cede, diante da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais (arts. 1º, III e 5º da CF) ³⁷. Trata-se, na verdade, de uma indevida simplificação, já que os direitos fundamentais constituem o fundamento funcional da democracia.

Pode-se enxergar, nos direitos fundamentais, verdadeira garantia contra o abuso do Estado. São direitos exercitáveis pelo particular para manter o Estado com seu poder limitado (na verdade, desenhado, em sua versão final). E o particular pode cobrar do Estado o cumprimento de seus deveres fundamentais.

A ideia de Estado de Direito abrange a necessidade de o Estado respeitar direitos fundamentais.

Portanto, o interesse público não pode atuar com base na supressão de direitos fundamentais. Se se trata, sim, de um critério para a ação do Estado, não é o único e não afasta, como fórmula mágica, a necessidade de respeito aos direitos dos particulares, notadamente os fundamentais.

Há que se observar, ainda, o princípio básico de hermenêutica constitucional: direitos fundamentais e sociais não de ser interpretados ampliativamente; limitações aos direitos fundamentais interpretam-se restritivamente ³⁸.

Também é relevante que se trace, aqui, a distinção entre interesse público e interesse social. Direitos fundamentais devem estar sendo preservados, quando se modula por interesse social, o que nem sempre ocorre quando se alega interesse público.

Aliás, diga-se de passagem, é a própria dicção da Lei 9.868/1999 (art. 27) em que se localiza a gênese da positivação do instituto.

A modulação, pois, repetimos, é uma forma de o particular se defender contra o Estado. O Estado, quando modula, neutraliza os efeitos nefastos do venire contra factum proprium em que incidiu, poupando aqueles que agiram confiando na pauta de conduta anterior, de terem seu comportamento avaliado à luz da nova posição (= diferente norma jurídica), que não existia quando o comportamento ocorreu.

4 QUANDO DEVE HAVER A MODULAÇÃO? QUEM DEVE MODULAR?

A modulação deve ser feita pelo órgão jurisdicional que alterou a orientação antes existente,

que constava de precedente vinculante, de jurisprudência pacificada... enfim, que estava cristalizada de tal modo, que fosse capaz de gerar confiança no jurisdicionado a respeito de ser aquela pauta de conduta que devesse ser respeitada.

Admitir que a nova orientação seja afastada por modulação feita por órgãos diferentes daquele de que emanou a decisão, seria fragilizar sobremaneira o sistema de precedentes. De fato, a segurança jurídica, que certamente foi um dos objetivos do legislador quando criou o sistema de precedentes do Código de 2015, ficaria profundamente comprometida, se não integralmente esvaziada, já que cada juiz do país teria a possibilidade de modular de acordo com os seus critérios pessoais.

Qualquer órgão que venha posteriormente a decidir caso a que, em tese, dever-se-ia aplicar orientação nova, cristalizada, por exemplo, num novo repetitivo, está adstrito a julgar de acordo com o novo precedente, não podendo ele mesmo dizer que não se aplica a regra nova ³⁹, porque, naquele caso, estariam presentes os pressupostos para que se respeitasse a confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior.

A modulação como regra, deve ser requerida pela parte embora este requerimento não seja necessário e deve ser objeto de deliberação expressa do Tribunal. Não existe a presunção no sentido de que, não havendo decisão a respeito, não teria havido modulação.

Entretanto, o Tribunal pode modular, ainda que não tenha havido pedido a respeito. A decisão sobre a modulação de efeitos atende a interesses públicos já que, normalmente, se refere, predominantemente, aos efeitos da carga normativa das decisões, i.e., das decisões, enquanto precedentes.

Por isso é que nos parece que qualquer terceiro interessado e mesmo o amicus curiae pode postular haja modulação, embora isto seja desnecessário.

Decidir sobre a modulação é imprescindível toda vez que se altera uma orientação firme anterior. Com isso, queremos significar que se deve decidir acerca da modulação, e não necessariamente modular os efeitos da decisão. Não há sentido em se presumir que não há modulação, quando há silêncio do Tribunal.

A manifestação acerca da modulação pode ser cobrada pelas partes ou pelos amici curiae por meio dos embargos de declaração, justamente porque se

³⁷ NERY JR., Nelson. Público vs. Privado?: a natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: RT, 2008. p. 229-254, especialmente p. 245.

³⁸ Ibidem, p. 251.

³⁹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 157. Ravi Peixoto

afirma que o ideal é que a modulação ocorra na decisão que alterou o precedente, não posteriormente. Diz, entretanto, que, excepcionalmente, pode-se admitir que, se na decisão que superou o precedente, passando a adotar posição diferente da anterior, não se tiver feito menção à modulação, pode o juiz do caso a que o precedente se aplicaria fazer, ele mesmo, a modulação (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, item 5.3, p. 334).

considera, óbvia e evidentemente, omissa a decisão que se afasta de orientação confiável anterior, sem dizer expressamente se a nova orientação se aplica às situações do passado.

Não se pode postergar o dever relativo à manifestação acerca da modulação. Não se deve, outrossim, asseverar, na decisão em que se altera uma posição anteriormente assentada, que se decidirá sobre a modulação posteriormente, quando, talvez, as partes vierem a manejar embargos de declaração. Isso equivale à situação de o juiz dizer que proferiu uma decisão com omissão, mas vai supri-la posteriormente, quando for provocado pelos embargos de declaração.

Não é por outra razão que se têm admitido os embargos de declaração com essa finalidade: há uma omissão a ser suprida.

Não é demais dizer o óbvio: todos têm que votar quanto à modulação, mesmo os julgadores que votaram no sentido de que a alteração da orientação anterior não deveria acontecer. Não nos parece, entretanto, que, para haver modulação, no caso de que trata o art. 927, § 3.º, do CPC/2015, haja necessidade de maioria qualificada de votantes.

Esta exigência fazia sentido...

No entanto, como se percebe, é evidente ser desejável que a decisão da modulação ocorra de preferência junto com a decisão propriamente dita ou, na pior das hipóteses, o quanto antes⁴⁰. De rigor, enquanto não se decide sobre a modulação, o acórdão não está completo e por isso não deveria produzir efeitos, ainda mais enquanto precedente vinculante, se for o caso⁴¹.

Andou mal o legislador quando, por diversas vezes, no novo Código de Processo Civil, assevera que: "Publicado o acórdão", nos repetitivos, nascem os seus efeitos vinculantes em relação aos processos que ficaram suspensos; ou "Julgado o incidente" (IRDR)⁴².

De fato, cometeu-se aqui um erro imperdoável. É evidente, por exemplo, que se o precedente vinculante emana do STJ e se, o acórdão ainda está sujeito à interposição de recurso extraordinário, a decisão não pode produzir efeitos desde logo. Isto porque existe a possibilidade de que seu teor seja alterado com o provimento do recurso. Aliás, é isso que a própria lei diz logo depois: os recursos extraordinário ou especial, interpostos contra a decisão que julga o IRDR têm efeito suspensivo.

⁴⁰ "Já se indagou se as regras de transição deveriam constar do próprio julgamento que determina a superação da estabilidade, ou se deveriam ser redigidas separadamente. Em nossa opinião, a junção das regras de transição com as razões do julgamento permite uma compreensão mais completa da controvérsia e da necessidade da edição do regulamento interino, podendo servir ainda quando da reavaliação destas regras no futuro". (CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudanças e transições de posições processuais estáveis. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, item, 9.6.3.4.1, p. 640).

Portanto, o legislador, ainda por cima, se contradiz. A razão de ser desse dispositivo é obviamente a de evitar uma situação de flagrante desrespeito à isonomia. Como criar igualdade entre as pessoas que foram, desde logo, atingidas pelo precedente vinculante, por meio de decisões que foram proferidas respeitando-o, e a situação de outros que só foram atingidos pelo precedente vinculante depois que ele foi alterado pelo STF?

Esta mesma situação esdrúxula acontece quando os Tribunais deixam acontecer um intervalo de tempo indesejável entre o momento da alteração da orientação anterior e o momento em que se decide a partir de quando essa nova orientação deve ser aplicada.

Não se trata, propriamente, como entendem alguns, de um julgamento bifásico, até porque essa expressão sugere que a segunda fase possa acontecer tempos depois. Na verdade, paradoxalmente, a decisão sobre a modulação é um pressuposto sobre como se deve aplicar o precedente.

Portanto, ainda que se trate de uma decisão que normalmente é tomada depois de ter havido a tal alteração de orientação, ela é, paradoxalmente, necessária para que se possa saber como o precedente vai ser aplicado, do ponto de vista temporal.

O que se espera, no que diz respeito à modulação, é que as práticas, muitas vezes equivocadas, dos Tribunais Superiores, não sejam alçadas à categoria de "verdades", só porque são "práticas dos Tribunais Superiores". Esta, de fato, não é uma razão suficiente, embora seja muito relevante. Compreende-se que certos equívocos estejam sendo cometidos por todos nós: pelos ministros, pela doutrina, pelos advogados, já que se está, aqui, diante de um Mundo Novo, um mundo com o qual não estávamos habituados.

O sistema de precedentes é novo e a questão da modulação, se foi razoavelmente estudada a luz da Lei 9.868/99, ainda está menos do que engatinhando quando se trata da figura prevista pelo novo Código de Processo Civil. O legislador processual civil foi lacônico, e transferiu a responsabilidade de criação das regras de funcionamento da modulação ao Judiciário e aos estudiosos: não há como atingir um sistema que produza efeitos benéficos para toda a sociedade, se não houver o adequado diálogo entre esses dois setores.

⁴¹ "Finalmente, pensamos que a questão da modulação da superação precedente deve ser um tópico, um capítulo propriamente, do julgamento em que isso ocorra, seja para negar sua realização, seja para dimensioná-la concretamente". (JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, item 6.1, p. 156.)

⁴² "Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: (...); "Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: (...)"

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

BELL, John. *Judiciaries Within Europe: a Comparative Review*. Cambridge Studies in International and Comparative Law, CSICL, New York: Cambridge University Press, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudanças e transições de posições processuais estáveis. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CARVALHO, Fernando Gaião Torreão de. A função constitucional do Superior Tribunal de Justiça e a necessidade de readequação da técnica de julgamento do recurso especial. Dissertação de Mestrado, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2019.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes gerados no julgamento das causas repetitivas pelo novo CPC. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: RT, 2017.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram a jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º do NCPC). In: ARAUJO, Raul; LIMA, Tiago Asfor Rocha; SOUZA, Cid Marconi Gurgel de (Org.). Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal. Salvador: JusPodivm, 2018.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. Actas do Colóquio o Direito Penal e o Tempo. Coimbra:

Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr./2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NABAIS, Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 2004.

NABAIS, Casalta. Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NERY JR., Nelson. Público vs. Privado?: a natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: RT, 2008. p. 229-254.

PASSANANTE, Luca. Il precedente impossibile, contributo allo studio del diritto giurisprudenziale del processo civile. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). A nova aplicação da

jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: RT, 2017.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEREIRA NETTO, Antonio Alves. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e a jurisprudência do STF. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 178, jul./2010.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SESMA, Victoria Iturralde. El precedente em el common law. Madrid: Civitas, 2005.

STEINER, Eva. Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions. Springer International Publishing Switzerland, 2015. (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3).

TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. Napoli: Editoriale Scientifica srl, 2007.

TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 131, p. 65-126, nov./dez. 2016.