ANTONIO DE PÁDUA SOUBHIE NOGUEIRA

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS
DAS DECISÕES NO PROCESSO CIVIL**

Tese de Doutorado apresentada como exigência parcial
à obtenção do título de Doutor em Direito, no âmbito
do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação
do Prof. Titular Dr. Flávio Luiz Yarshell.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2013

RESUMO

A presente tese de doutorado defende a aplicação da técnica de *modulação de efeitos das decisões na jurisdição infraconstitucional* exercida pelo Superior Tribunal de Justiça e, consequentemente, sua utilização para relativizar efeitos *precedentes processuais*. A modulação de precedentes ou jurisprudência é uma técnica adotada pelos tribunais para evitar que a (nova) interpretação do direito por eles elaborada tenha efeitos retroativos e, assim, atinja situações consolidadas ou casos judiciais pendentes. Essa flexibilização é comumente utilizada para evitar que uma reviravolta jurisprudencial (i.e., um *overruling*) cause efeitos danosos àqueles cidadãos que depositaram confiança no precedente revogado, por ele pautando suas vidas e negócios. A modulação serve também para conservar situações jurídicas perpetradas com base em uma lei que veio ser, apenas posteriormente, declarada inconstitucional ou ilegal por um tribunal superior. A tese inicia demonstrando o desenvolvimento histórico da reestruturação de efeitos decisórios no Brasil, a partir de sua implementação na jurisdição constitucional sob controle do Supremo Tribunal Federal (analisa-se, dentro do contexto, o art. 27 da Lei 9.868/99). Passa-se, então, o trabalho a defender a modulação de precedentes também na jurisdição infraconstitucional praticada pelo Superior Tribunal de Justiça, fazendo, em primeiro lugar, um paralelo com o direito estrangeiro. Na sequência, o estudo traz fundamentos para comprovar a tese, explicando que a jurisprudência equivale, em certos casos, à norma legal (função criativa da decisão judicial) e, portanto, merece ter sua eficácia prospectada no tempo, tal como ocorre com a lei ordinária (aplicação *pro futuro*, cf. art. 5º, inc. XXXVI, CF e art. 6º, LICC), a fim de preservar a segurança jurídica e outros tantos relevantes princípios constitucionais (no ensejo dessa análise, critica-se pontualmente julgado da 1ª Seção do STJ). O trabalho, entretanto, destaca a excepcionalidade do (re)ajustamento da eficácia decisória, pois o precedente, geralmente, deve abarcar situações pendentes e passadas, observados determinados fundamentos técnico-jurídicos explicitados no trabalho. *De lege ferenda*, aborda-se o Projeto do Novo Código de Processo Civil, cujo art. 882, inc. V, objetiva instituir a prospecção de efeitos decisórios em todo o contexto jurisdicional brasileiro, especialmente no *overruling*. O capítulo final da tese analisa casos de modulação de *decisões processuais*, sugerindo sua adoção como *técnica (processual) adicional* para efetivação dos escopos do processo e de outros tantos princípios processuais.

PALAVRAS-CHAVES: modulação – modulação de precedentes – modulação de precedentes na jurisdição infraconstitucional – modulação de decisões processuais – *overruling* – projeto do Novo Código de Processo Civil

ABSTRACT

This doctoral thesis advocates the application of the technique of *modulation of the effects of decisions on infra-constitutional jurisdiction* (prospective overruling) exercised by the Superior Court of Justice and hence its use in order to relativize precedent procedural effects. Modulation of precedents or case law is a technique used by courts to prevent retroactive effects of the (new) interpretation of law as prepared by them, thus striking consolidated situations or pending court cases. Such flexibility is commonly used to preclude a reversal of jurisprudence (i.e., an overruling) from causing harmful effects to those citizens who put their trust in the revoked precedent, using it to guide their lives and businesses. The modulation also serves to retain legal situations perpetrated based on a law that was only later declared unconstitutional or illegal by a higher court. The thesis starts showing the historical development of the restructuring effects of decision-making in Brazil, from its implementation on constitutional jurisdiction under the control of the Supreme Court (as analyzed within the context of the art. 27 of Law 9.868/99). Afterwards, it comes to defend the modulation of precedents also in infraconstitutional jurisdiction, as practiced by the Superior Court of Justice, drawing initially a parallel with foreign law. It continues by providing groundings to prove the thesis, explaining that, in some cases, judge-made law is equal to the legal norm (creative function of the judicial decision) and therefore deserves its effectiveness prospected in time, as occurs with the ordinary law (application *pro futuro*, cf. art. 5th, inc. XXXVI, CF and art. 6, LICC) in order to preserve legal certainty and so many other relevant constitutional principles (on occasion of this analysis, criticism is exemplarily made on a judgment by the 1st Section of the STJ). The paper, however, highlights the uniqueness of the (re)adjustment of effectiveness, because the precedent should generally encompass situations pending and past, technical legal grounds observed. *De lege ferenda*, the thesis addresses the design of the New Code of Civil Procedure, whose art. 882, inc. V, aims to establish the prospection of decision-making effects throughout the whole Brazilian judicial context, especially in overruling. The final chapter of the thesis is devoted to analyze cases of modulation of *procedural decisions* and to suggest its adoption as additional (*procedural*) *technique* in order to implement the scopes of the process as well as many other procedural principles.

KEYWORDS: prospective overruling – modulation – modulation of precedents within the infra-constitutional jurisdiction – overruling of procedural decisions – Project of the New Code of Civil Procedure

RIASSUNTO

Questa tesi di dottorato sostiene l'applicazione della tecnica di *modulazione degli effetti delle decisioni nella giurisdizione infracostituzionale* esercitata dalla Corte Superiore di Giustizia e, quindi, il suo utilizzo per relativizzare *effetti processuali precedenti*. La modulazione dei precedenti o della giurisprudenza è una tecnica usata dai tribunali per evitare che la (nuova) interpretazione del diritto da loro preparata abbia effetti retroattivi e, così, raggiunga casi consolidati o procedimenti giudiziari pendenti. Tale flessibilità è comunemente utilizzata per prevenire l'inversione di giurisprudenza (ad esempio, un *overruling*) provochi effetti nocivi per quei cittadini che hanno riposto la loro fiducia nel precedente abrogato per guidare la sua vita ed i suoi affari. La modulazione serve anche a mantenere situazioni giuridiche perpetrate sulla base di una legge che è arrivata ad essere, successivamente dichiarata incostituzionale o illegale da un tribunale superiore. La tesi inizia dimostrando lo sviluppo storico degli effetti di ristrutturazione del processo decisionale in Brasile, a partire dalla sua implementazione nella giurisdizione costituzionale sotto il controllo della Suprema Corte Federale (si analizza, nel contesto dell'art. 27 della legge 9.868/99). Poi, il lavoro passa a difendere la modulazione dei precedenti pure nella giurisdizione infracostituzionale praticata da parte della Corte Superiore di Giustizia, facendo, in primo luogo, un parallelo con il diritto straniero. Inoltre, lo studio fornisce fondamenti per comprovare la tesi, spiegando che la giurisprudenza sia equivalente, in alcuni casi, alla norma legale (funzione creativa della decisione giudiziaria) e merita quindi avere la sua efficacia prospettata nel tempo, come avviene con la legge ordinaria (applicazione *pro futuro*, cfr. art. 5, inc. XXXVI, CF e art. 6, LICC) al fine di preservare la sicurezza giuridica ed altri tanti principi costituzionali rilevanti (in occasione di questa analisi, si critica puntualmente il giudicato della 1° Sezione del STJ). Il lavoro, tuttavia, mette in evidenza l'eccezionalità del (ri)adeguamento di efficacia, poichè il precedente dovrebbe generalmente comprendere situazioni in sospeso e passate, osservati i fondamenti tecnico-giuridici. *De lege ferenda*, il lavoro tratta il Progetto del Nuovo Codice di Procedura Civile, il cui art. 882, inc. V, mira a stabilire la prospezione degli effetti decisionali in tutto il contesto giudiziale brasiliano, soprattutto nel *overruling*. Il capitolo finale del lavoro è dedicato all'analisi di casi di modulazione di *decisioni di carattere procedurale* e suggerisce la sua adozione come *tecnica (procedurale) aggiuntiva* per la effettivazione dei scopi del processo e di tanti altri principi procedurali.

PAROLE CHIAVE: modulazione – modulazione di precedenti – modulazione di precedenti nella giurisdizione infracostituzionale – modulazione di decisioni di carattere procedurale – *overruling* – Progetto del Nuovo Codice di Procedura Civile.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: A TESE, METODOLOGIA DE ESTUDO E SUA CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL À CIÊNCIA JURÍDICA.....	8
2. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	14
2.1. Antecedentes: da nulidade à modulação dos efeitos.....	14
2.2. Dos fundamentos adotados para o rompimento da teoria da nulidade à edição da Lei nº 9.868/99.....	19
2.2.1. Utilização de “soluções alternativas”.....	19
2.2.2. A criação da norma constitucional por meio da interpretação elaborada pelo Supremo Tribunal Federal.....	23
2.2.3. Opções político-institucionais.....	25
2.2.4. Mutações constitucionais (e <i>overruling</i>).....	28
2.2.5. A modulação de efeitos instituída por lei federal.....	29
2.3. Modulação dos efeitos da decisão.....	30
2.3.1. A discussão sobre a constitucionalidade.....	30
2.3.2. Segurança jurídica e interesse social como justificativas para a modulação: juízo de proporcionalidade a ser exercido em decisão fundamentada de caráter excepcional.....	38
2.3.3. Aplicações técnicas e procedimentais da modulação.....	44
2.4. Considerações conclusivas parciais.....	57
3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NA JURISDIÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	61
3.1. Introdução.....	61
3.2. Direito estrangeiro.....	62
3.2.1. Modelos europeus da <i>civil law</i>	62
3.2.2. Na <i>common law</i> : EUA e Inglaterra.....	68
3.3. No Brasil: a orientação da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.....	72
3.4. Modulação das decisões na jurisdição infraconstitucional: fundamentos à sua admissão e oportunidade.....	76
3.4.1. Jurisprudência e fonte de direito.....	77
3.4.2. Jurisprudência e processo de criação do direito.....	81
3.4.3. A força inovadora, transcendente e atipicamente vinculante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	87
3.4.4. Jurisprudência dos tribunais superiores e princípios constitucionais.....	102

3.4.4.1. Segurança jurídica e irretroatividade do direito jurisprudencial.	102
3.4.4.2. Retroatividade do precedente e princípio da proporcionalidade.	108
3.4.4.3. Unidade da jurisdição infraconstitucional.	111
3.4.4.4. Celeridade processual e modulação.	113
3.4.5. “Mutação <i>infraconstitucional</i> ”: a prática do <i>overruling</i> e suas consequências.	115
3.4.6. Retroação das decisões e modulação no STJ: uma questão de evolução.	122
3.4.7. Enfrentamento dos óbices colocados à modulação na jurisdição infraconstitucional e considerações finais sobre o tema.	128
3.4.8. A proibição da modulação da jurisprudência pelos tribunais ordinários.	138
3.4.9. Excepcionalidade e fundamentação.	143
 4. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TÉCNICA DE MODULAÇÃO DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.	 150
4.1. Introdução: o art. 882, inc. V, do Anteprojeto (cf. Emenda n� 1 – Substitutivo ao Projeto no Senado).	150
4.2. Uniformização de jurisprudência.	153
4.3. Mudança de entendimento sedimentado (<i>overruling</i>) e modulação dos efeitos do novo precedente: abrangência dos casos de declaração de ilegalidade e de interpretação legal.	157
4.3.1. Fundamentação adequada e específica: na revisão do precedente e na adaptação de seus efeitos.	161
4.3.2. Métodos de modulação (em especial, no <i>overruling</i>).	173
4.3.3. Regulamentação regimental e participação popular.	178
4.3.4. Propostas de alteração do art. 882 do Anteprojeto no processo legislativo: relatório da Câmara dos Deputados.	181
4.3.5. Ainda sobre o Projeto do Novo CPC: a modulação proposta no art. 511, �6�.	188
 5. MODULAÇÃO DAS DECISÕES PROCESSUAIS.	 192
5.1. Introdução.	192
5.2. Modulação das decisões no Supremo Tribunal Federal.	193
5.2.1. HC 70.514/RS: o prazo em dobro para a Defensoria Pública.	193
5.2.2. Inq. 687-4: o <i>overruling</i> da Súmula 394 sobre foro privilegiado.	195
5.2.3. ADI 3.022/RS: assistência judiciária ilegítima.	196
5.2.4. CC 7.204-1/MG: <i>overruling</i> sobre a competência absoluta para a a��o de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho.	197

5.2.5. HC 82.959-7/SP: <i>overruling</i> do regime de execução de penas nos crimes hediondos.....	199
5.2.6. ADI 3.819/MG: investidura de defensor público sem concurso.....	200
5.2.7. ADI 2.970-0: inconstitucionalidade de Portaria do TJ/AM sobre expediente forense.	201
5.2.8. ED na ADI 3.601/DF: nulidade de processo administrativo.	202
5.2.9. ADPF 156: depósito prévio como pressuposto de recurso administrativo.	203
5.2.10. ED na ADI 2.797: prerrogativa de foro para ex-ocupantes de cargos públicos.....	203
5.3. Modulação das decisões processuais no Superior Tribunal de Justiça.	204
5.3.1. MC 2.454/RJ: destrancamento do recurso especial retido na origem.....	204
5.3.2. AgReg 827.293/RS: ratificação do recurso especial.....	205
5.3.3. HC 28.598/MG: <i>overruling</i> acerca da jurisprudência sobre o início do prazo recursal para o Ministério Público.....	206
5.4. Teoria da fungibilidade recursal: caso típico de prospecção de efeitos da jurisprudência processual.....	208
5.5. Modulação dos efeitos dos precedentes no processo civil na reformulação (<i>overruling</i>) de jurisprudência processual e nos julgamentos processuais inéditos: subsídios teóricos e práticos à sua aplicação.	211
5.5.1. Na reformulação (<i>overruling</i>) de jurisprudência processual.....	211
5.5.2. Nos julgamentos inéditos em matéria processual.	224
5.6. Sobre as fórmulas de modulação da jurisprudência processual.....	232
6. CONCLUSÕES.....	236
BIBLIOGRAFIA.....	257

1. INTRODUÇÃO: A TESE, METODOLOGIA DE ESTUDO E SUA CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL À CIÊNCIA JURÍDICA

A *tese*. Objetiva esta tese tratar da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão na jurisdição infraconstitucional¹ e, a partir das inferências a esse respeito, propor subsídios teóricos e práticos para sua aplicação ao direito processual civil – i.e., modulação das *decisões no processo civil*.

A readequação dos efeitos decisórios, observado um desenvolvimento histórico-doutrinário que culminou na edição da Lei de Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99, art. 27), é comumente praticada na *jurisdição constitucional* pelo Supremo Tribunal Federal,² com a finalidade de *mitigar* as consequências drásticas decorrentes do exame de constitucionalidade das leis. Procura-se, com isso, *preservar no tempo* os efeitos da norma inconstitucional (ou da norma constitucional interpretada) mediante a atribuição de uma excepcional *eficácia limitada* aos precedentes da Suprema Corte,³ de forma a evitar sua aplicação retroativa, a qual poderia ensejar perturbações na segurança jurídica e no interesse social. A técnica, portanto, é a expressão de um *juízo de ponderação* (proporcionalidade) realizado pelo tribunal a partir de fundadas análises dos interesses públicos em jogo.

Essa forma de relativizar a eficácia da decisão, no cerne da jurisdição constitucional, tem mostrado valiosa importância no sistema de controle de constitucionalidade, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal exerça melhor sua função político-jurisdicional. Notadamente, a modulação faculta ao STF a revisão de seus

¹ Muito do cerne deste trabalho está relacionado à possibilidade de ajustamento da eficácia da jurisprudência na *jurisdição infraconstitucional* exatamente porque os *precedentes* que interpretam o direito processual são comumente produzidos pelo STJ, em razão da sua missão constitucional (art. 105, III, “a” e “c”, CF). Quer dizer, para demonstrar que o STJ deve modular os efeitos de determinadas decisões processuais, precisamos antes provar que pode modular. Não obstante, quando da apreciação do ajustamento da eficácia dos precedentes que interpretam o direito processual, será inevitável cuidar igualmente daqueles proferidos pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no exercício de sua competência.

² No cumprimento desse dever, principalmente quando age no controle concentrado e direto, a atividade desenvolvida pelo STF é “*jurisdicional*” mais pelo ângulo orgânico (v. Flávio Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 109).

³ A rigor, em um entendimento puramente técnico, decisão, precedente e jurisprudência encerram conceitos distintos, embora não deixem de ser, em sentido amplo, expressões sinônimas; é desta forma, como sinônimos, que tais termos serão adotados no conjunto desta tese, sem prejuízo das devidas distinções, no específico, quando se tratar de perquirir a respeito de repercussão de decisões isoladas que não configuram “*precedentes como leading cases*” e que, portanto, não podem significar a expressão do pensamento uniforme ou majoritário do tribunal (*jurisprudência*). Sobre tais precisões terminológicas, v. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2007, pp. 20 e ss.

entendimentos, a partir de uma *constante atualização* na leitura dos textos constitucionais, fenômeno que a doutrina denomina *mutação constitucional*, imunizando as repercussões daí advindas.

Não obstante esteja a contribuir com o exercício da competência da Suprema Corte, na função de *guardião* da Constituição (art. 102, CF), na *jurisdição infraconstitucional*⁴ a utilização da modulação é ainda controvertida, em especial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), mesmo este sodalício esteja também a exercer tarefas que *transcendem* ao mero interesse particular das partes, ao dar a última palavra no tocante à interpretação das leis federais do país (art. 105, CF), vinculando os demais órgãos judiciários subalternos.

Com efeito – e assim comprovaremos no decorrer do estudo –, objetivamente *não diferem* as razões pelas quais tanto o STF como o STJ estão constitucionalmente habilitados a praticar, como resultado de uma *política judiciária*, uma “atividade suavizadora” dos limites (temporais e subjetivos) de suas respectivas decisões (ou jurisprudência), diante dos reflexos *transcendentes* delas oriundos. A partir daí é que se pretende defender o cabimento da modulação das decisões igualmente na *jurisdição infraconstitucional* no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, inclusive com o enfrentamento dos óbices impostos a esse respeito.

Uma vez exposta a tese de alicerce, tratar-se-á da sua aplicação na seara *do direito processual civil*, visando a indicar em que medida o uso da modulação de precedentes se mostra adequado e relevante nesta específica área do direito. O trabalho, destarte, irá discorrer sobre a importância do (re)ajustamento da eficácia das decisões no tocante à *matéria processual* (e.g., competência, recursos, coisa julgada etc.) para prestigiar a ordem jurídica e a segurança (processual) dos litigantes, sem prejuízo do resguardo de outros tantos valores, a exemplo da celeridade e efetividade do processo.

O método. Nesta tese são adotadas premissas metodológicas de estudo que obrigam, em primeiro lugar, a revisitação do tema “modulação das decisões” na *jurisdição constitucional* brasileira, com o exame de sua evolução histórica, traçando um *paralelo* absolutamente indispensável para comprovar que a técnica – senão por motivos idênticos, muito próximos aos que autorizam sua adoção na seara constitucional – deve ser do mesmo

⁴ *Infraconstitucional*, no caso, é expressão utilizada para contrapor à jurisdição exercida pelo STF. Todavia, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, veremos no decorrer o trabalho, exercem *funções* atribuídas pelo legislador constituinte (arts. 102, *caput*, e 105, III, CF), logo, inseridas ambas dentro de uma “jurisdição constitucional” em um sentido mais largo.

modo empregada no contexto da jurisdição infraconstitucional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça,⁵ a quem compete disciplinar a interpretação da *lei federal* e, por conseguinte, das leis processuais do país (art. 105, III, CF/88).

O percurso oriundo do método utilizado para comprovar a tese obrigará, portanto, a uma análise desses mecanismos em países estrangeiros, nos sistemas da *civil law* e da *common law*, passando pelo estudo dos precedentes – e dos problemas por estes impostos referentes à *transformação* dos entendimentos sobre as leis –, impondo-se, ademais, seja *revisitado* o princípio da segurança jurídica, já que entrelaçado com o problema da (ir)retroatividade do direito novo, e assim consequentemente o princípio da proporcionalidade, para saber em que medida a incidência imediata (“retroperante”) da jurisprudência pode ser mitigada em face de outros valores constitucionais relevantes.

Firmadas tais premissas, o trabalho estudará – *de lege ferenda* – o Projeto do Novo Código de Processo Civil, no âmbito do qual se objetiva regulamentar o tema “superação dos precedentes” (*overruling*⁶), atribuindo aos tribunais superiores o poder de relativizar os efeitos da sua nova decisão. No ensejo, iremos discorrer sobre as fórmulas de reestruturação de efeitos decisórios (*prospective overruling*), demonstrando os caminhos predispostos ao juiz para lidar com os impactos dessa súbita mudança de orientação.

Dentro dessa exposição metodológica, a *parte final* deste trabalho tem como propósito *situar* a doutrina de adaptação dos efeitos decisórios na condição de instrumento predisposto ao juiz para dar ensejo a um processo equilibrado, *útil* à efetividade de seus institutos. Serão, no azo, analisados os casos julgados que ensejaram modulação de decisão que interpretou o direito processual nas duas jurisdições (constitucional e infraconstitucional) e, em seguida, o tema será desenvolvido com vistas aos resultados gerados pelas decisões que *interpretam leis processuais* em face da segurança jurídica processual, de onde se extraem questões atinentes à preservação da efetividade e celeridade do processo. Isso tudo com vistas a esboçar, ao final, uma tentativa de apresentar subsídios

⁵ Evidentemente, as razões desse trabalho poderão ser aplicadas, *mutatis mutandis*, ao Tribunal Superior do Trabalho - TST. Todavia, em decorrência das *limitações* deste estudo e, ainda, diante das peculiaridades históricas da justiça laboral, onde, aliás, tradicionalmente, os enunciados do TST sempre tiveram força normativa exorbitante (apesar de a lei assim não impor), as conclusões desta tese irão se concentrar no exame da jurisdição civil. Sobre o tema, com exemplos do direito trabalhista, v. “A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?”, de Estêvão Mallet, *in Repro 133/67*. Idem, em relação ao TSE, o qual sofre com os mesmos males da imprevisibilidade das decisões eleitorais, com reflexo na segurança jurídica, a ensinar a modulação (sobre o tema, v. Erick Wilson Pereira, *Direito Eleitoral – interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 96 e ss.).

⁶ *Overruling* é a expressão *técnica* correntemente adotada pela doutrina no sistema da *common law* para expressar o fenômeno consistente na superação de precedentes (ou virada jurisprudencial).

teóricos e práticos para o ajustamento da eficácia do precedente de natureza processual civil⁷ (= *modulação dos efeitos das decisões processuais*).

As limitações. Cabe agora consignar as limitações da tese ora desenvolvida, que, revele-se desde logo, não tem a pretensão de exaurir o tema sob o ângulo do direito *constitucional* e, por conseguinte, não se propõe a tirar conclusões sobre os vários assuntos envolvidos nessa análise, muitos deles objeto de importantes estudos publicados pela doutrina (v.g., a antiga questão da anulabilidade-nulidade da lei declarada inconstitucional; os sistemas estrangeiros de estabelecimento de eficácia decisória diversa nos tribunais constitucionais;⁸ interpretação e mutação constitucional; aplicabilidade das normas constitucionais;⁹ a atividade de manipulação exercida pelo STF;¹⁰ e assim por diante).

De igual modo, assuntos por nós considerados meramente incidentais ou não absolutamente influentes para amparar a defesa da tese principal serão tratados de forma referencial, a exemplo da aptidão da jurisprudência, como fonte de direito, de criar o direito novo,¹¹ da abrangência do princípio da segurança jurídica¹² e da proporcionalidade,¹³ tópicos cujos estudos, outrossim, já foram também aprofundadamente

⁷ O foco deste estudo é, evidentemente, o processo *civil*, máxime para respeitar a área de concentração da tese, embora não deixemos de tratar, por exemplo, do direito processual penal à luz das decisões modulatórias dos tribunais superiores sobre a matéria.

⁸ Neste aspecto, iremos nos socorrer, em especial, de Gilmar Ferreira Mendes e de seu livro *Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999* (em cooperação com Ives Gandra da Silva Martins, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009), responsável pelos comentários ao art. 27 da Lei da ADI, conforme informa a obra na sua página 445.

⁹ Sobre o tema, v. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁰ De igual modo, os precedentes do Supremo Tribunal Federal nos quais se praticou a modulação são citados aqui apenas em reforço das conclusões teóricas, embora mereçam e estejam aptos a respaldar teses específicas. Assim, sobre a mutação das opiniões jurisprudenciais da Suprema Corte norte-americana, v. Saul Brenner e Harold J. Spaeth, *Stare Decisis – the alteration of precedent on the Supreme Court – 1946-1992*, New York, Cambridge University Press, 1995. No Brasil, em sede de trabalho de especialização, vale conferir o analítico estudo de Flávio Beicker de Oliveira, “O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação dos efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais”, www.sbdp.org.br.

¹¹ Doutrinando a respeito da força criativa dos precedentes, *dentre tantos*, v. Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993 e, mais recentemente, v., por exemplo, José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente Judicial como Fonte de Direito*, São Paulo: RT, 2004; Sergio Nojiri, *A Interpretação Judicial do Direito*, São Paulo, RT, 2005; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2007 e Thomas da Rosa de Bustamante, *Teoria do Precedente Judicial – a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, São Paulo, Noeses, 2012. Noto também sobre o tema a recente compilação de artigos organizada pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier (*Direito Jurisprudencial*, São Paulo, RT, 2012).

¹² Para uma análise ampla do princípio da segurança jurídica, v. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização do direito tributário*, São Paulo: Malheiros, 2011.

¹³ No Brasil, Virgílio Afonso da Silva discorreu sobre a aplicação dos princípios constitucionais, em face da regra da proporcionalidade: *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2011. Ver, ainda, a clássica obra de Alexy: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

elaborados pelos juristas de escol *ao longo da história do direito*, inclusive com reflexões *jus-filosóficas*.¹⁴

Em verdade, os capítulos iniciais desta tese são *multidisciplinares*, perpassando pelas esferas do direito constitucional, público e privado, com a participação da jus-filosofia, motivo por que se exige, observados fins metodológicos, que se tomem as devidas cautelas em termos de delimitação e aprofundamento dessas matérias oriundas de outros ramos do direito, principalmente para não prejudicar os escopos principais do presente estudo, no sentido de contribuir com certa inovação à ciência *processual civil*.

A originalidade. A esse propósito, confia-se que todos os temas de alicerce aqui discutidos são *relevantes*, porquanto dizem respeito a uma nova concepção de interpretação da eficácia dos precedentes, no âmbito de um *outro plano jurisdicional*, constituindo um assunto atualíssimo no direito processual brasileiro, também por isso insuficientemente estudado pela doutrina moderna.¹⁵⁻¹⁶ A novidade do tema comprova-se também com o fato de constar no Projeto do novo Código de Processo Civil, cuja aprovação se aproxima, um dispositivo específico para regular a *mitigação* da eficácia decisória na hipótese de superação da jurisprudência (*overruling*)¹⁷ na jurisdição prestada pelos demais órgãos de cúpula.¹⁸

¹⁴ Neste sentido, *e.g.*, cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª ed., trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005; Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2009; Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico - lições preliminares do direito*, compiladas por Nello Morra, tradução e notas de Márcio Pugliese, São Paulo: Ícone, 2006; Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

¹⁵ Sobre o tema no específico destacam-se os artigos de Tercio Sampaio Ferraz Jr., Roque Antonio Carraza e Nelson Nery Jr. (*Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*, em cooperação, 2ª ed., Barueri, Manole, 2009) e de Cândido Rangel Dinamarco (v. “Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, in *Processo Civil Empresarial*, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 43), escritos a partir de pareceres desses juristas visando à defesa de uma tese fiscal. Em geral, v. Luiz Guilherme Marinoni (*Precedentes Obrigatórios*, São Paulo, RT, 2010), livro no qual consta capítulo específico sobre a modulação dos efeitos das decisões do STJ. Fazemos também referência à obra do Professor Humberto Ávila (*Segurança Jurídica*, *op. cit.*), com percuente análise da modulação dos efeitos das decisões em face do tema “segurança jurídica”.

¹⁶ Como atesta o Professor José Rogério Cruz e Tucci, o “árduo problema da eficácia retroativa do ‘novo’ precedente judicial” é uma “*questão que ainda se encontra em aberto*, uma vez que nem pelo prisma da história e tampouco pela dogmática moderna obteve solução satisfatória” (*op. cit.*, p. 308).

¹⁷ Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, que importamos para o contexto desta tese, “talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, à possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional” (v. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, *op. cit.*, p. 576).

¹⁸ Tratando-se de “anteprojeto”, os comentaristas ainda não se animaram a problematizar o dispositivo nele inserido em obras doutrinárias, havendo, por enquanto, poucos estudos pontuais do assunto, dentre os quais o livro de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (v. *O Projeto do CPC – críticas e respostas*, São Paulo, RT, 2010).

Finalmente, deve-se ver que os estudiosos que trataram desse assunto em artigos de doutrina esparsos analisaram o cabimento da manipulação da eficácia das decisões do STJ com vistas especialmente ao direito tributário, preocupados, via de regra, com casos de reviravolta passível de impactar os bolsos dos contribuintes.¹⁹ São escassos, assim, os trabalhos aprofundados sobre os efeitos causados pelos precedentes que produzem o “direito novo” a partir da exegese da *lei processual* (do Código de Processo Civil, principalmente) e os seus reflexos na vida dos litigantes em curso.²⁰ É esta análise que se pretende fazer na parte final desta pesquisa acadêmica, sugerindo a *mitigação criteriosa* de eficácia sempre que o tribunal verificar perigo de conturbação ou contaminação da ordem processual em virtude de uma jurisprudência por ele forjada ou reconsiderada.

Portanto, a proposta de extensão dessa teoria de ajustamento de efeitos decisórios ao ramo de processo civil, como *instrumento (técnica) de efetivação* de seus escopos, resulta em um *enfoque original* que contribuirá com a Ciência jurídica.

¹⁹ A par desses diversos artigos, façamos referência, porém, ao livro já citado do Prof. Humberto Ávila (*Segurança Jurídica, cit.*) e à obra de Misabel Abreu Machado Derzi, Professora Titular de Direito Tributário da UFMG, sobre as *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário* (São Paulo, Noeses, 2009).

²⁰ Basta ver, por exemplo, que a *teoria da fungibilidade recursal* sempre foi defendida pelos juristas sob argumentos processuais diversos, embora trate-se de típico caso de modulação de efeitos da jurisprudência, que guarda similitude com o *case of first impression* do direito norte-americano. *Idem*, a Súmula 343 do STF, que também trata de manipulação de efeitos da jurisprudência.

2. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. Antecedentes: da nulidade à modulação de efeitos.

Costuma-se dizer, na conhecida expressão do direito norte-americano, que *uma lei inconstitucional não é uma lei*; ela não confere direitos, não impõe deveres, não permite proteção, não cria cargos; ela é, em uma visão legal, tão inoperante como se nunca tivesse sido aprovada.²¹

De fato, quando se trata da adoção do chamado *judicial review*, o efeito típico da declaração de *inconstitucionalidade* de uma norma – qualquer que ela seja – é o da *nulidade* e não da simples “anulabilidade”; a rigor, a lei desaplicada por vício de afronta à Constituição é visceralmente *nula*, motivo pelo qual a eficácia invalidante se opera *ex tunc*²² (há quem equipare o vício à própria *ineficácia*²³).

Conforme releva a doutrina, no Brasil, a “teoria da nulidade” sempre foi de sua *tradição*, porquanto defendida pelos mais importantes constitucionalistas pátrios, que equiparam *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Isto porque, o reconhecimento de qualquer *efeito* a uma lei inconstitucional importaria na “suspensão provisória” ou “parcial” da Constituição,²⁴ criando uma situação inadmissível no sistema de controle da validade das normas. Ou seja, a base da teoria da nulidade apoia-se no *princípio da supremacia da Constituição*, de onde se extrai tanto o poder do juiz de negar a aplicação da norma

²¹ Cf. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3ª edição, vol. 1, Nova Iorque, Foundation Press, 2000, p. 214.

²² Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, p. 797.

²³ Dando ênfase aos *efeitos declaratórios* das decisões de controle de constitucionalidade, Elival da Silva Ramos ensina que não é a decisão judicial do Supremo que desconstitui os efeitos do ato inconstitucional, de forma retroativa; em verdade, “o ato normativo controlado se caracteriza por uma *ineficácia congênita*, exatamente por não haver sequer ingressado no plano da validade, ineficácia essa que é apenas reconhecida pela decisão de controle” (*Controle de Constitucionalidade no Brasil – perspectivas de evolução*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 88). No mesmo rumo, observa Mauro Cappelletti que, “segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada *absolutamente nula* (‘null and void’) e, por isso, *ineficaz*, pelo que o juiz exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara* uma (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional” (*O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1992, pp. 115-116).

²⁴ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 1181 e 1182.

inconstitucional, quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de rejeitar sua observância.^{25 - 26-27}

Por via de consequência, no sistema judiciário constitucional brasileiro, os efeitos da declaração de inaptidão de uma lei frente à Constituição sofreram tradicionalmente a máxima influência dessa doutrina, impedindo que se cogitasse no passado alguma *flexibilização*, no sentido de admitir que as decisões da Suprema Corte pudessem ter, em certos casos, aplicação *pro futuro* (i.e., a manutenção do *status quo*, apesar do vício de constitucionalidade da norma), notadamente diante do receio de se instaurar com isso uma eventual *desordem social*, incentivando a produção de textos ilegais na esperança de sua convalidação futura.²⁸

Não obstante, ao passo que o Supremo Tribunal Federal adotava integralmente a teoria da nulidade *retroperante e sancionatória* das normas inconstitucionais, não deixava de *ponderar*, nos processos a ele submetidos, as dificuldades que a aplicação dessa tese

²⁵ Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 296.

²⁶ Os principais fundamentos que encampam a adoção desse entendimento estão sumarizados na ementa de julgado proferido no início dos anos 90, relatado pelo Ministro Celso de Mello, textualmente: “O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, *consagra a supremacia da Constituição*. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de ‘menor’ grau de positividade jurídica guardem, ‘necessariamente’, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de consequente inaplicabilidade. *Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desempara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito*”. (ADI 652, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02/04/92, DJ 02/04/93, www.stf.jus.br.)

²⁷ Há quem defenda que a doutrina da nulidade decorre de expresso mandamento da Constituição, que faz uso das expressões “ação direta de inconstitucionalidade” e “ação *declaratória* de constitucionalidade” (art. 102, I, “a”, e § 2º), aludindo também aos efeitos *declaratórios* da decisão do STF no art. 103, § 2º e quando trata da sua competência (v. art. 102, III, “b”, CF) (neste sentido, v. Humberto Ávila, com amparo na lição de Machado Derzi, *op. cit.*, p. 523). Desse modo, como finalidade da tutela declaratória é o reconhecimento de uma situação anterior, com vistas à eliminação do estado de incerteza, entende-se que o legislador constituinte pretendeu mesmo aplicar no Brasil como regra a eficácia repristinatória (*ex tunc*) da decisão de inconstitucionalidade. Já em uma análise processual do fenômeno (efeitos da declaração de inconstitucionalidade), vale lembrar que “a regra geral é que as sentenças condenatórias e *declaratórias produzem efeitos ex tunc*, enquanto a constitutiva só produz efeitos para o futuro” (cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 309).

²⁸ Como a atribuição dos efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade enseja a manutenção de atos ou de efeitos contrários ao Direito (i.e., do estado de inconstitucionalidade), tal prática não deixa de ser interpretada como uma “contraordem” ou “contramandado”, de modo que surge um importante *problema*: “se o Direito postula sua obediência, sempre que são mantidos os efeitos produzidos por tal ato contrário àquele tolera-se e, por via reflexa, incentiva-se a sua violação”, ou melhor, “instaura-se uma espécie de duplo comando, internamente contraditório ao próprio Direito: este deve ser obedecido, mas pode ser descumprido, e, se pode ser descumprido, não precisa ser obedecido” (v. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica, op. cit.*, p. 497).

causavam à Corte, principalmente porque “a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo”, conforme aludiu o Ministro Sepúlveda Pertence em julgamento por ele relatado no ano de 1998,²⁹ demonstrando sua grande preocupação com o desfazimento dos atos erigidos sob a égide de lei posteriormente invalidada pela Corte.

Mais remotamente, em 1977, o STF já havia refletido sobre o abandono dessa rígida teoria da nulidade em favor da tese da anulabilidade. Considerou-se no voto do Ministro Leitão de Abreu, então relator do Recurso Extraordinário nº 79.343/BA, que a lei inconstitucional não poderia ser declarada inválida *ab initio*, pois, tendo sido editada regularmente, gozaria de *presunção de constitucionalidade*³⁰ e sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam ser olvidadas. A lei eivada desse vício não seria, portanto, nula *ipso iure*, mas apenas *anulável*, com caráter *constitutivo*. Foi sinalizado no voto que “a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.³¹

O recurso relatado pelo Ministro Leitão de Abreu, todavia, não representava uma situação propícia para relativizar a teoria da nulidade, pois naquele caso concreto a parte não chegou a utilizar a lei declarada inconstitucional no negócio jurídico por ela entabulado, afastando o efeito surpresa e, via reflexa, a oportunidade de trazer à baila o princípio da segurança jurídica. Portanto, embora importantíssimas no contexto histórico, as considerações desse julgado do STF não passaram de reflexões *obiter dicta*, máxime porque em julgamentos subsequentes a Corte e o próprio Ministro Leitão de Abreu aplicaram a tradicional teoria da nulidade, sem conjecturar novas objeções.³² Nessa toada,

²⁹ Apud Gilmar Ferreira Mendes, *Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*, op. cit., p. 493.

³⁰ A *presunção de constitucionalidade das normas* de que fala o acórdão cuida de um *princípio* originário do constitucionalismo americano e que supõe o respeito da Justiça Constitucional pela vontade de legislador democrático. Tal princípio considera que, em caso de dúvida sobre a validade de uma norma, se deve admitir que o legislador democrático pretendeu uma solução concordante com a Constituição – daí também a expressão “interpretação conforme” (cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, tomo II, Coimbra, Coimbra Ed., 2005, p. 333).

³¹ RE nº 79.343/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, j. em 31/05/77, www.stf.jus.br.

³² Ainda, cf. Gilmar Mendes, op. cit., p. 541.

seguiu pacificamente a jurisprudência do STF fiando-se na tese restritiva, cujo mote está em frisar que *a lei inconstitucional não poderia criar direitos nem impor obrigações*, tentando alçar, para alguns sem muita clareza,³³ o princípio da nulidade absoluta à hierarquia constitucional.

Somente voltou a Excelsa Corte a trazer à baila a discussão da *modulação dos efeitos* da decisão de inconstitucionalidade em outros dois casos mais recentes. Na ADI nº 513, julgada em 14 de junho de 1991, o Ministro Célio Borja colocou em debate a possibilidade de reconhecer a invalidade de norma tributária com eficácia futura, não obstante seu voto, seguido pelos demais Ministros, tenha mantido a nulidade *ex tunc*, por considerar inexistente a ameaça de insolvência do tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante que justificasse a supressão, naquele caso, do efeito próprio do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a nulidade repristinatória.³⁴

Já na ADI 1.102-2, apreciada em 05 de outubro de 1995, o Ministro Maurício Corrêa mostrou-se preocupado com *os efeitos que a decisão traria aos cofres da Previdência Social*, ressaltando seu entendimento quanto à possibilidade de mitigação de efeitos. Na ocasião, sustentou o Ministro Relator, dentre outros argumentos a favor da tese, que “mesmo nos Estados Unidos, a Suprema Corte, ao julgar o caso *Linkletter v. Walker*, no ano de 1965, que se transformou em *leading case*, proclamou o entendimento de que a retroatividade ou prospectividade dos efeitos da declaração judicial relativa à inconstitucionalidade de lei não expressa um comando constitucional, o que significa dizer que os efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* não têm origem na Constituição americana, senão uma questão do *judicial policy*, sujeita, por conseguinte, à livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto.” Ao que concluiu: “creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser

³³ Conforme revela Gilmar Mendes, em momento algum a condição de princípio constitucional da teoria da nulidade chegou a ser bem definida nos julgados da Corte (*op. cit.*, p. 542).

³⁴ Assim ementado na parte que interessa: “IV. Alegação de só poder ter efeito *ex nunc* a decisão que nulifica a lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo Tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas. Sua inaplicabilidade à hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas, de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente. Também não é ela atinente à eventual restituição do imposto pago a maior, porque está prevista em lei e terá seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso. V. Não existe ameaça iminente à solvência do Tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, *in casu*, do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora (*Bedrohliche Rechtslücke*)” (ADI nº 513-8, Pleno, Rel. Min. Célio Borja, j. 14/06/91, www.stf.jus.br).

impostos, quando, como nesta hipótese, defluisse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o ‘dies a quo’, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento cautelar”.³⁵

A ponderação, entretanto, não foi objeto de maiores debates, diante das circunstâncias evidenciadas naquela hipótese, delineadas no pragmático voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “o *problema dramático* da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era ‘*dada de barato*’, e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem. Não é este o caso (...) Por isso, com as devidas vênias do ilustre Procurador Geral, independentemente do exame do problema, em outras circunstâncias, mantenho, também, a orientação histórica, na doutrina brasileira, da nulidade da lei inconstitucional”.³⁶

Até que, em meados do ano de 1999, o Supremo Tribunal Federal viu-se diante da necessidade de *revisão da Súmula 394*, segundo a qual “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. A referida Súmula 394 foi cancelada, dando ensejo a uma *reviravolta jurisprudencial*, diante do fato de que se passou a entender que, cessado o exercício do mandato, a competência deveria ser da primeira instância. Em razão disso, o Ministro Relator, Sidney Sanches, propôs a manutenção da Súmula revogada em relação aos casos passados, para evitar a nulidade dos julgamentos levados a efeito anteriormente pelo Supremo. Durante os debates os Ministros vieram a notar que a decisão consubstanciava caso de eficácia *ex nunc*, fazendo referências à doutrina de prospecção de efeitos da jurisprudência, representando este o *primeiro precedente do STF* no qual o tribunal, deliberadamente, modulou *in abstracto* a eficácia da sua jurisprudência.³⁷ Esse julgamento, porém, não chegou a

³⁵ ADI 1.102-2, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, v.u., j. em 05/10/95, www.stj.jus.br.

³⁶ Ainda, v. ADI 1.102-2.

³⁷ Confira-se a ementa do julgado: “1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nºs 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segunda a qual, ‘cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’. 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, ‘b’, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar ‘os membros do Congresso Nacional’, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, ‘b’ e ‘c’). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á

repercutir nos meios acadêmicos porque logo depois, em 10 de novembro de 1999, ocorreu a edição da Lei 9.868, cujo art. 27 disciplinou a modulação da declaração de inconstitucionalidade, alicerçada no desenvolvimento de bases doutrinárias e práticas que serão analisadas a seguir.³⁸

2.2. Dos fundamentos adotados para o rompimento da teoria da nulidade à edição da Lei nº 9.868/99.

2.2.1. Utilização de “soluções alternativas”.

Enquanto não se fazia possível a encampação da tese da “*nulidade relativa*” das normas inconstitucionais, em razão da tradicional resistência de outrora dos Ministros da Suprema Corte no tocante a essa inovação jurídica, ou mesmo em virtude da ausência de dispositivo de lei expresso que tornasse mais confortável, do ponto de vista institucional, na adoção de tal mecanismo, o STF era obrigado a encontrar “*soluções alternativas*” visando amenizar os reflexos das suas decisões de eficácia *ex tunc*, observando – incidentalmente – cada caso concreto.

Com efeito, a Corte era seguidamente instada a lançar mão da *técnica argumentativa da ponderação* entre princípios e regras constitucionais para afastar a imposição de todos os consectários danosos oriundos da declaração de

que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante sua duração o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. 4. *Ressalva, também unânime, de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou*” (Inq. 687 QO, Pleno, Relator Min. Sydney Sanches, julgado em 25/08/1999, www.stf.jus.br).

³⁸ Para uma análise mais completa do desenvolvimento teórico das questões relacionadas aos efeitos da norma declarada inconstitucional no controle de constitucionalidade à luz da modulação, v. artigo de Renata Elaine Silva, “Modulação dos Efeitos da Decisão em Matéria Tributária: Possibilidade ou não de ‘restringir os Efeitos daquela Declaração’”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 170/52.

inconstitucionalidade da lei, resguardando as situações constituídas durante o período em que a norma posteriormente invalidada vigorou.³⁹

Gilmar Ferreira Mendes, sobre o tema, observa que o Supremo Tribunal Federal faz (e fazia com mais constância antes de admitir de forma expressa o amoldamento de efeitos das suas decisões) uso da técnica de diferenciação entre o “*plano da norma*” e o “*plano concreto*”, com vistas à proteção dos direitos consolidados sob o pálio da lei posteriormente inquinada com o vício da ilegalidade máxima: “Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à *diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato singular (Einzelaktebene)* mediante a utilização das chamadas *fórmulas de preclusão*”.⁴⁰

A jurisprudência da Suprema Corte, que se formou sobre validade dos atos praticados pelos oficiais de justiça investidos na função pública por força de lei declarada posteriormente inconstitucional, expressa a adoção dessa técnica de ponderação de valores elaborada posteriormente no caso concreto. Nesses precedentes, entendeu-se que, diante da ausência de prejuízo, tais atividades funcionais irregularmente exercidas pelo oficial de justiça deveriam ser *convalidadas*, mesmo à falta de amparo constitucional ao cargo.⁴¹ De igual forma, o STF manifestou ser desnecessária a *devolução de vencimentos* recebidos com fundamento em lei concessiva de vantagens declarada ilegal, com base no princípio da *irreduzibilidade de vencimentos*. No julgamento do RE 122.202/MG, relatado pelo Ministro Francisco Rezek, ponderou-se: “a *retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada*

³⁹ Cf. Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 201. Em outra obra, no mesmo sentido: “as *consequências drásticas* da sanção de nulidade no tocante às relações jurídicas estabelecidas sob o pálio da lei declarada inconstitucional têm levado os órgãos de controle, nos sistemas que a acolhem, a procurar resguardar algumas situações objetivas, em atenção a determinados princípios constitucionais igualmente dignos de tutela, tais como a coisa julgada, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana, a que se vincula o direito à subsistência com o fruto do trabalho presente ou passado (vencimentos, salários, proventos e pensões) etc..” (cf. Elival da Silva Ramos, *Controle de Constitucionalidade no Brasil – perspectivas de evolução*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 298).

⁴⁰ *Jurisdição Constitucional*, op. cit., pp. 304-305.

⁴¹ É a jurisprudência do STF que admite o chamado “funcionário de fato”; ou seja, apesar de proclamada a declaração de inconstitucionalidade da lei que autorizou a designação do funcionário, os atos por ele praticados anteriormente são validados: v. RE 78.594, 2ª Turma, Relator Min. Bilac Pinto, v.u., j. em 07/06/1974, www.stf.jus.br.

inconstitucional – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”.⁴²

Em outras palavras, apesar de a lei inconstitucional implicar em tese o retorno das coisas ao estado anterior, pois tudo o que se passou sob sua égide é absolutamente irregular (i.e., *nulo*), em *circunstâncias especiais* preferiu-se prestigiar os chamados *efeitos consolidados* do ato jurídico, para não permitir reflexos caóticos sobre a paz social, preservando as relações jurídicas estabilizadas no passado, proporcionalizando o princípio da supremacia da Carta – que embasa a citada teoria da nulidade repristinatória da declaração de inconstitucionalidade.

A esse propósito, é indispensável ressaltar aqui que há doutrinadores que entendem que essa prática antiga do STF (de temperar a nulidade *ex tunc* incidentalmente e em momento posterior) não significou propriamente modulação de decisão, a exemplo da diferenciação dada pelo Professor Elival da Silva Ramos, segundo o qual essa técnica adotada pelo STF, de mitigação dos efeitos das suas decisões, *não cuida* precisamente de um afastamento da tese da nulidade da lei inconstitucional ou mesmo retrata uma convalidação especial do ato legislativo contraventor, mas sim da manutenção de situações consolidadas sob o império dessa legislação que se presumia constitucional e, portanto,

⁴² Este julgado do STF (RE 122.202/MG 2ª Turma, Relator Min. Francisco Rezek, j. em 10/08/1993, DJ 08-04-1994, www.stf.jus.br), clássico exemplo da modulação dos efeitos da decisão no caso concreto, é citado pela doutrina pátria que cuidou do exame da matéria e também referido por Gilmar Mendes (*Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*, p. 308). Mesmo mais recentemente o uso dessa técnica de relativizar os efeitos das decisões do STF tem sido colocado em prática, conforme se infere do julgamento que relativizou a Súmula 473, segundo a qual é ilegal a aquisição de direitos em virtude de atos administrativos inválidos: “Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. (...) 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)” (MS 24268, Pleno, Relator p/ Acórdão, Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/02/2004, www.stf.jus.br). Em Embargos de Declaração subsequentes a Corte deixou claro que a pensão deveria ser imediatamente restabelecida. Como se vê, embora a questão tratasse de “nulidade” da revogação da pensão por ausência de direito de defesa, uma leitura do voto dos Ministros dá a entender que se cogitava realmente de ato nulo, fraudulento. De toda forma, o enorme período de tempo passado entre a concessão e a anulação pelo Tribunal de Contas foi um fato observado *no plano concreto* que fez com que a Corte, posto que com uma outra saída jurídica, obtemperasse os efeitos da sua jurisprudência, à luz da qual aquela pensão deveria ser cassada.

aplicável.⁴³ De igual modo, o Humberto Ávila, neste particular, defende que os casos da investidura dos oficiais de justiça não significaram uma verdadeira “modulação”, no sentido que se tem hoje. Ávila entende que nesses casos o STF “não graduou efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas, posteriormente, e no controle difuso de constitucionalidade, já *concebeu de forma diversa o seu próprio conteúdo*, para manter a validade do ato impugnado”, ou, em outras palavras, “*a segurança jurídica funcionou como critério para configurar o conteúdo da decisão*, e não para conformar os efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade”.⁴⁴ Sem embargo dessas precisões terminológicas, *do ponto de vista prático* não se tem dúvida alguma que, declarada inconstitucional a lei que amparava a investidura dos ditos funcionários públicos, a convalidação dos atos por eles praticados, posto que em sede difusa (em ações posteriormente ajuizadas), não deixou de significar um *subterfúgio* para o STF contornar sua jurisprudência rígida que impunha a eficácia *ex tunc* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Neste sentido, além da doutrina de Gilmar Mendes (supracitada), Flávio Beicker Barbosa de Oliveira defende textualmente que “as consagradas teses do funcionário público de fato e da percepção dos proventos e gratificações com caráter alimentar *já afastaram o postulado da nulidade antes mesmo da existência de uma previsão legal expressa para isso*”; assim, “a limitação temporal dos efeitos, enquanto representa a atenuação do princípio da retroatividade da decisão sobre inconstitucionalidade, não é uma novidade na jurisprudência do STF”.⁴⁵ E, fazendo coro, Thomas Bustamante alude também a essas “*teorias contraditórias*” adotadas pelo STF, pois, ao mesmo tempo que sufragava a tese da nulidade retroativa da lei declarada inconstitucional porque ela não poderia gerar efeitos válidos, admitia *ponderações incidentais* nos casos concretos para mitigá-la.⁴⁶

Entretanto, essa mencionada técnica de ponderação aplicada apenas *casuisticamente* (e *a posteriori*), acabava por produzir uma mitigação dos impactos da declaração de inconstitucionalidade com base em *artifícios quase que exclusivamente retóricos*; realmente, o mais correto seria reconhecer a possibilidade de restringir os efeitos do precedente na Corte *in abstracto*, isto é, na primeira oportunidade do controle de constitucionalidade da lei, com fundamento no princípio constitucional da *segurança jurídica*.⁴⁷ Ademais, essa “avaliação casuística” do resultado da declaração de

⁴³ *Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 298.

⁴⁴ *Segurança Jurídica*, op. cit., p. 518.

⁴⁵ “O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação dos efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais”, in www.sbdp.org.br.

⁴⁶ *Teoria do Precedente Judicial*, op. cit., p. 450.

⁴⁷ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 308.

inconstitucionalidade trazia (e traz) outras inúmeras dificuldades, máxime no *controle abstrato*, toda vez que não estão em jogo especificamente interesses individuais, mas apenas se discute a validade da norma *em um plano geral* e marcadamente teórico. Quer dizer, apreciada a *ação direta* (ADI/ADC/ADPF), as repercussões do resultado do julgamento de inconstitucionalidade (inclusive no sentido inverso, mediante o indeferimento da ADC) têm o potencial de gerar inúmeras outras demandas nas quais serão questionados os *limites* da eficácia da decisão do Supremo.

Portanto, é melhor que seja de *antemão* definido o verdadeiro alcance dos reflexos da declaração de inconstitucionalidade,⁴⁸ o que prestigia a ordem social e, especialmente, encontra guarida no princípio da economia processual, ao evitar uma enxurrada de novos e reiterados incidentes para discutir, *caso a caso*, a incidência retroativa (ou não) da jurisprudência constitucional.

2.2.2. A criação da norma constitucional por meio da interpretação elaborada pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentro desse contexto, o *papel institucional* que a Suprema Corte exerce, *de intérprete da Constituição* e, por via de consequência, *de co-participante no processo de criação da norma*, revela-se de suma importância para justificar o implemento da teoria da modulação *in abstracto* dos consectários das decisões na jurisdição constitucional, sobretudo porque, conforme consta de voto do Ministro Gilmar Mendes, amparado nas lições de Peter Häberle, “*não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada*”⁴⁹ (logo, *a Constituição é o que o Supremo diz que ela é*).

Com efeito, a atividade jurisdicional da Suprema Corte – à semelhança de toda manifestação jurisprudencial – é nitidamente *construtiva* do direito positivo constitucional, por meio de *um processo contínuo de interpretação e aplicação das suas normas*. Embora o exercício de tal função não possa equiparar o juiz ao legislador, não há dúvida que, em certa medida, a adoção da hermenêutica judicial envolve *criação*.⁵⁰ Aliás, é até

⁴⁸ Assim ocorreu no famoso caso dos vereadores da cidade de Mira Estrêla-SP: a decisão do STF, fosse aplicada retroativamente, acabaria por acarretar a *discussão* sobre a validade dos atos praticados pelos vereadores empossados irregularmente, em afronta ao critério da proporcionalidade previsto na CF (art. 29, IV, “a”), que deu azo à declaração de inconstitucionalidade da composição da Câmara dos Vereadores além do mínimo legal (9 representantes). Para evitar tais questões, desde logo o STF definiu que os efeitos (i.e., reflexos) da sua decisão correriam a partir da próxima legislatura, referendando desde logo as situações irregulares ocorridas sob a égide da situação anterior (RE 197.917/SP, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 06/06/2002, www.stf.jus.br).

⁴⁹ HC nº 82.959-7/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23/02/2006, www.stf.jus.br.

⁵⁰ Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 451.

relativamente antiga a discussão a respeito de o Tribunal Constitucional assumir a posição de *legislador negativo* (Kelsen⁵¹), manifestada inclusive nos julgados do STF,⁵² ou mesmo de *legislador implícito*, toda vez que se põe a interpretar a Carta.⁵³ Quando não, inevitável reconhecer na jurisprudência dos tribunais superiores, mas em especial a do STF, sua *capacidade retórica*.⁵⁴

Dessas ilações decorre o outro viés do problema relativo à “retroatividade *ab ovo*” da declaração de inconstitucionalidade: tal como a *lei*, a decisão que *inova* a compreensão do ordenamento deve procurar preservar os *atos consolidados*, em respeito ao ato jurídico perfeito, essência do princípio da segurança jurídica. Assim, é imprescindível predispor ao Supremo Tribunal Federal um método para que ele possa proporcionalizar os efeitos de seu precedente, sobretudo porque, sem tal instrumento, tende a ficar *mais conservador* na avaliação de ilegalidades, abstendo-se de emitir um juízo de censura para declarar a inconstitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais,⁵⁵ com o receio de afetar relações jurídicas consolidadas e valores constitucionais que delas emanam. Tal situação impõe limitações à atuação da Suprema Corte brasileira, o que não é ideal em um Estado

⁵¹ Conforme expõe Carlos Blanco de Moraes, “a Justiça Constitucional como jurisdição especializada nasceu, no plano positivo, à sombra do pensamento de Hans Kelsen, no decurso do primeiro quartel do Século XX e no esteio da construção doutrinária do ‘*legislador negativo*’. De acordo com a mesma construção, ao Tribunal Constitucional competiria, tão só, apagar do ordenamento as normas inconstitucionais, embora não necessariamente os seus efeitos passados, constituindo esta atividade fiscalizadora uma modalidade de *função legislativa em ‘sentido negativo’*. No seu entendimento, a nulidade como sanção, deveria ser exceção e a anulabilidade a regra. Para o Mestre da Escola de Viena, embora a nulidade consistisse na melhor forma de garantir a integridade da Constituição, razões de segurança jurídica deveriam prevalecer no sentido de salvaguardarem efeitos póstumos e, mesmo se necessário, alguns efeitos futuros da norma inconstitucional, sobretudo se estivessem em causa situações atendíveis de trato sucessivo” (*Justiça Constitucional: o contencioso Constitucional Português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 247).

⁵² “A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em *remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida* e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. *Esse poder excepcional – que extrai sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo*” (ADI 652/MA, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02/04/1992, DJ 02/04/1993, www.stf.jus.br).

⁵³ Neste sentido, v. Vanice Lírio do Valle (“Efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade como técnica garantidora do livre exercício da atualização constitucional”, in RTDP 38/185, p. 192), com amparo nas lições de Luiz Werneck Vianna.

⁵⁴ Conforme afirmou o Ministro Cezar Peluso em julgamento mais recente do STF – v. RE nº 353.657-5/PR, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25/06/2007, www.stf.jus.br. O caso tratou da conturbada questão referente à tese do “IPI – alíquota zero”, tendo decidido o Supremo contrariamente aos contribuintes. Estes, subsidiariamente, postulavam a “prospecção” dos efeitos da decisão, alegando que teria havido um verdadeiro “overruling”, i.e., mudança da orientação da jurisprudência do Supremo. Diante da repercussão econômica, inúmeros juristas foram convocados para defender os interesses dos contribuintes, com a apresentação de pareceres em prol do balizamento temporal. Todavia, a Corte decidiu que não houve revisão de posição anterior por ela defendida e, entretanto, sustentou-se, diante do contexto da lide de natureza fiscal, que não poderiam os contribuintes deixar de contingenciar os tributos em discussão, afastando, assim, o chamado “elemento surpresa”, relacionado ao princípio da segurança jurídica.

⁵⁵ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, op. cit., p. 494.

Democrático de Direito, de modo que a mencionada reestruturação de efeitos decisórios lhe serve a livrar-se dessas amarras e lidar melhor com a força criativa de seus julgamentos.

2.2.3. Opções político-institucionais.

Outro problema que influencia negativamente a teoria da nulidade diz respeito às limitações que se impõem à Suprema Corte no tratamento das leis parcialmente inconstitucionais (ou quase inconstitucionais), isto é, aquelas que revelam uma *imperfeição normativa*, v.g., decorrente de omissão legislativa parcial ou de lesão ao princípio da isonomia.⁵⁶ Em alguns sistemas estrangeiros, a possibilidade de fazer uso de ponderações de efeitos decisórios apresenta-se como *mecanismo eficaz* às Cortes Constitucionais suavizar sua atividade nulificante dessas normas imperfeitas, ao passo que lhes confere alternativas político-institucionais para lidar com a afirmação do direito.

No *direito alemão*, mediante a técnica de “*apelo ao legislador*”, admite-se que a Corte Constitucional reconheça que determinada situação jurídica não se tornou “ainda” constitucional, conclamando o legislador, dentro de um certo prazo, à correção ou adequação da legislação questionada.⁵⁷ Não havendo, no prazo estabelecido pela Corte, o reparo da inconstitucionalidade indicada, converte-se automaticamente esse estado de *inconstitucionalidade imperfeita* em uma situação de *completa constitucionalidade*.⁵⁸ A esta subsiste mecanismo para harmonizar as chamadas hipóteses de exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia (e outras ofensas ao princípio da igualdade), que ocorrem quando uma lei concede vantagens ou benefícios a um determinado grupo ou segmento social sem contemplar com o mesmo direito outros grupos e segmentos que se encontram em condições idênticas. Em tais casos, a Corte Constitucional alemã deixa de declarar a nulidade da norma, dada sua inconstitucionalidade apenas “relativa” (= menos grave), evitando causar injustiças aos beneficiados que, em razão daquela norma, foram excluídos⁵⁹ ou mesmo tentando evitar um danoso “vácuo jurídico”.⁶⁰

⁵⁶ Cf. Gilmar Mendes, *op. cit.*, p. 525.

⁵⁷ Gilmar Mendes, *op. cit.*, p. 507, lembrando o caso julgado pela Corte Constitucional, no qual ficou assente “que as providências legislativas empreendidas com vistas a superar o ‘estatuto da ocupação’ – ainda que se mostrassem imperfeitas e incompletas – contribuíram para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e deveriam, por isso, ser consideradas ainda constitucionais” (*idem*, p. 508).

⁵⁸ *Idem*, p. 508.

⁵⁹ Ainda, v. Gilmar Mendes, *op. cit.*, pp. 514/516.

⁶⁰ Para uma melhor análise sobre o sistema adotado na Corte Constitucional alemã, v. ainda Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, *op. cit.*, pp. 502-516.

Interessante registrar – *ainda sob a égide do sistema alemão* – a possibilidade de, até mesmo, a Corte Constitucional reconhecer a nulidade integral de determinada lei, *mas não impor qualquer sanção*, tampouco *pro futuro*, para tornar incólumes direitos que ficariam sem proteção se fosse a norma prontamente anulada. Tal solução foi adotada quanto aos vencimentos de certos funcionários públicos, nos quais a Corte alemã teve de reconhecer que, se afirmasse a nulidade, como era de rigor, não haveria fundamento legal para que a administração procedesse ao pagamento de salários de determinados seguimentos do funcionalismo. Tal *imperfeição* só poderia ser reparada pelo legislador.⁶¹ Embora este exemplo citado não revele, especificamente, uma forma perfeita de modulação de efeitos decisórios, mas, rigorosamente, de declaração de inconstitucionalidade *pro-forma* (os reflexos do julgado são mais *políticos* do que jurídicos, portanto), dá mostras do extensíssimo *rol de técnicas processuais* disponibilizadas a essa Corte estrangeira a fim de que, em cada caso concreto, ela possa delimitar os *efeitos* e a *extensão* da sua decisão.

Na mesma linha, o *sistema constitucional italiano* dispõe da *declaração de constitucionalidade diferida*, pela qual se evita os reflexos perniciosos dos consectários da nulidade nas situações pretéritas, estabelecendo-se a validade da decisão *para uma data futura*. Ao mesmo tempo, admite-se um julgamento *meramente exortativo* do legislador, com vistas à correção do vício: “a Corte começa por proferir uma decisão de *costituzionalità provvisoria* ou, se se quiser, uma decisão de *infondatezza* ou de *inammissibilità esortative* ou *monitorie*, na qual, à maneira de uma *crônica de uma inconstitucionalidade anunciada*, adverte o legislador na motivação para a possibilidade de um ulterior juízo de inconstitucionalidade, deixando para momento posterior, e caso o vício se mantenha, a declaração de inconstitucionalidade da norma”.⁶² Enfim, trata-se de uma figura próxima da inconstitucionalidade enunciada mas não declarada (*accertata ma non dichiarata*), que se consubstancia em uma mensagem respeitosa ou um “apelo ao legislador” para que ele resolva a situação de ilegalidade.⁶³

⁶¹ Cf., de novo, Gilmar Mendes, *op. cit.*, p. 520. Não só nesta, mas em outras circunstâncias, a Corte Constitucional da Alemanha resolveu declarar a inconstitucionalidade apenas *pro-forma*, sem impor sanção, no julgamento das chamadas questões de *status*, alusivas à estruturação de determinado órgão ou instituição. Assim, no julgado que apreciou a validade de certa lei universitária, limitou-se a Corte a declarar a inconstitucionalidade de um dos seus artigos sem pronunciar a nulidade, uma vez que a ausência da norma que disciplinasse o sistema de admissão nas Universidades criaria uma situação ainda mais distante daquela pretendida pela Constituição. *Idem*, no caso dos subsídios dos parlamentares, no qual a Corte Constitucional declarou que os privilégios tributários outorgados aos parlamentares estaduais afiguravam-se inconstitucionais, embora abstando-se de anular a norma, pois, se isso ocorresse, ficaria suprimida a base jurídica que assegura a situação ou *status* dos parlamentares e, enquanto nessa função, dependiam eles, fundamentalmente, da percepção de tais subsídios (*op. cit.*, pp. 520/521).

⁶² Cf. Rui Medeiros *apud* Gilmar Mendes e Ives Gandra, *op. cit.*, pp. 521/522.

⁶³ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 271.

A esse propósito, cabe para recordar que, no ano de 1994, exatamente pelo fato de não fazer uso do sistema de manipulação dos reflexos da decisão de constitucionalidade (salvo casuisticamente, conforme revelado), o Supremo Tribunal Federal declarou *constitucional* a lei que concedia *prazo em dobro para a Defensoria Pública, enquanto tal órgão não estivesse devidamente estruturado*.⁶⁴ Eventualmente, dispusesse de um aparato mais completo de técnicas processuais (não importa se mediante *criação pretoriana*, que se avizinhava, ou *legal*, que adveio apenas em 1999), o STF poderia ter resolvido a questão definitivamente, mas de outra forma, v.g., disciplinando a *inconstitucionalidade* da aludida norma processual *a partir de um dado momento* (por via da concessão de um lapso temporal suficiente para os respectivos governos aparelharem suas defensorias), após o qual a lei em questão seria *automaticamente* considerada inconstitucional (havendo ou não o tal aparelhamento⁶⁵). A solução adotada neste precedente do STF, entretanto, equiparou-se à mera declaração de constitucionalidade com base *no contexto fático* considerado naquele momento, acrescida de um “aviso” de que tal entendimento seria no futuro revisitado, a partir de uma *nova análise particular*.⁶⁶

Isto tudo comprova a necessidade de a Corte Constitucional lidar com situações diversas de inconstitucionalidade apresenta-se, portanto, como um dos elementos justificantes da flexibilização da tradicional teoria da nulidade.

⁶⁴ HC 70.514-6/RS, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, v.u., j. 23/3/1994, www.stf.jus.br.

⁶⁵ Tratar-se-ia de uma solução com um *viés político*. O Supremo relevaria um fato político (aparelhamento supostamente inexistente da Defensoria, por força de uma suposta omissão da Administração pública), mas ao mesmo tempo diria que não consideraria tal argumento no futuro como fator relevante para manter a constitucionalidade do prazo em dobro, caso mantida a mesma situação.

⁶⁶ Pelo teor dos acórdãos que discutiram essa declaração de inconstitucionalidade “*si et in quantum*”, da lavra dos Ministros Carlos Velloso e Moreira Alves, a construção da Corte Constitucional alemã serviu como inspiração ao resultado da decisão casuística, já que no caso concreto abandonou-se a ideia de se conceder um “prazo” para os governos aparelharem as defensorias, durante o qual os prazos processuais em dobro os beneficiariam. Aludiu o Ministro Carlos Velloso que “no Tribunal Constitucional alemão, há uma técnica de controle de constitucionalidade, que consiste na declaração de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade da norma, que se resolve com o que os alemães denominam de apelo ao legislador. A lei ainda não é inconstitucional. Ela, caminha, entretanto, para se tornar inconstitucional. O Tribunal Constitucional fixa, então, um certo prazo ao legislador e este, obediente ao provimento oriundo do Tribunal, elabora norma nova para os tempos novos, que substitui a norma prestes a tornar-se inconstitucional. (...) *essa doutrina teria, no caso, de uma certa forma, aplicação*. Poderíamos decidir pela constitucionalidade, *si et in quantum*, vale dizer enquanto não estruturadas e aparelhadas as defensorias públicas, a norma seria constitucional”. Ao que o Min. Carlos Velloso refutou: “Aqui, entretanto, não poderíamos estabelecer prazo ao legislador, para que organize e ponha em funcionamento as defensorias, porque, infelizmente, a nossa tradição não é indicativa de bons propósitos por parte do legislador em atender apelos do Poder Judiciário. (...) Assim, não vou fixar prazo nenhum para que o legislador e o administrador cumpram o que a Constituição manda que eles façam. Vou, sim, declarar a constitucionalidade, *si et in quantum*, do dispositivo que estabelece prazo em dobro para o defensor público, o defensor dativo”. Ao que se decidiu, conforme a ementa: “não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989, no ponto que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, no Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público” (votos e ementa extraídos do citado HC 70.514-6/RS).

2.2.4. Mutao constitucional (e *overruling*).

Talvez o mais destacado elemento delineador da base da doutrina da modulao esteja relacionado problemtica advinda da *alterao da jurisprudncia consolidada* (*overruling*, na expresso do direito americano), em virtude de uma reviso da interpretao sobre certo tema constitucional (e que consubstancia o salutar processo de *mutao constitucional*, sobre o qual discorreremos no transcurso deste estudo).

No famoso caso *Linkletter v. Walker*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, que implicou virada da jurisprudncia, desenvolveu-se a base da teoria para *denegar os efeitos retroativos s decises*, com fundamento no fato de que a Constituio norte-americana nem probe e tampouco exige os efeitos retrospectivos.⁶⁷ O Sr. Linkletter tinha sido condenado com base em uma espcie de provas que posteriormente foram declaradas pela Suprema Corte, em um outro julgamento, contrrias ao princpio do devido processo legal. Com base nessa nova deciso (proferida no caso *Mapp*), o Sr. Linkletter pediu a reviso da sua condenao, a qual foi *denegada* pela Suprema Corte, que *afastou o efeito retroativo* aludida deciso sobre a inconstitucionalidade da prova.⁶⁸ Na ocasio, a questo foi tratada como uma *matria de poltica judicial* (*a matter of policy*), a ser decidida em cada caso concreto, e assim vem-se reafirmando em julgamentos subsequentes, para admitir o *prospective overruling* sempre que isso se revelar necessrio.⁶⁹

⁶⁷ Embora a teoria do *prospective overruling* tenha se desenvolvido no sistema judicial da Suprema Corte dos EUA, a doutrina aponta que ele no um instituto moderno, pois utilizado na jurisprudncia das *rotae* italianas dos Sculos XVI-XVIII, posteriormente abandonada por influncia das teorias jurdicas francesas (cf. o relato de Bustamante, *op. cit.*, p. 414).

⁶⁸ Conforme o relato de Enterra, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁹ Em julgamento subsequente (*Stovall v. Denno*), a Suprema Corte americana voltou a debater a matria, para revelar os *critrios* de utilizao da prospeco dos efeitos decisrios na hiptese de *overruling*, enfatizando que tal medida de reajustamento de efeitos se mostra imprescindvel em razo da confiana depositada no precedente, de forma que a aplicao retrooperante da nova orientao causaria consequncias danosas prpria administrao da justia (cf. Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 3 ed., vol. 1, New York, Foundation Press, 2000, pp. 218/219). Na edio dessa obra, Tribe faz uma anlise ampla dos casos nos quais a Suprema Corte dos EUA discutiu a prospeco, mencionando a opinio do *Justice Scalia* em determinado precedente, contrria modulao, forte na funo da Corte de declarar (“find”) o direito constitucional, que se contrasta de cri-lo (“make”). Cita tambm o caso *Harper v. Virginia*, no qual a Corte denegou a tese da prospectividade, embora esclarecendo que tal denegao no significou, como pensam alguns juristas, que a Suprema Corte estaria recusando a tese da modulao. Segundo Tribe, nesse precedente (*Harper v. Virginia*), a Corte no estabeleceu que “todas” as decises sobre leis federais precisam necessariamente ser aplicadas de forma retroativa; o que foi dito que quando a Suprema Corte no disser nada a respeito da modulao, sua deciso ser aplicada da forma tradicional, i.e., retroativamente e perante todos os casos pendentes. E ressalta Tribe: “a Corte [em *Harper v. Virginia*] no renunciou ao poder de fazer com que suas decises sejam totalmente prospectivas, de forma que elas no sejam aplicadas at mesmo s partes em litgio” (traduo livre, v. *American Constitutional Law*, p. 225-226).

Vale perceber, nesse contexto, que a doutrina da retroatividade [da lei inconstitucional] tem uma relação *pragmática* com o sistema do *stare decisis*⁷⁰ da *common law*: se novas decisões são normalmente aplicadas com efeitos retroativos, então *os custos* da revisão da jurisprudência acabam por *aumentar*, de forma que a Corte será mais relutante em afastar-se da jurisprudência antiga.⁷¹ Dessa forma, deve-se predispor ao tribunal a opção de temperar os efeitos da sua novel orientação, permitindo que a Corte Constitucional proceda à *constante reflexão* sobre a correção da exegese da Carta Política, sem receios de ferir a *confiança legítima* que se depositou sobre este ou aquele julgado, com a preservação dos atos jurídicos construídos sob sua égide.

2.2.5. A modulação de efeitos instituída por lei federal.

O que se infere de todas essas breves considerações acima expostas, é que o único sistema de ponderações – *incidenter tantum* – adotado pela Suprema Corte brasileira para *contrabalancear* os efeitos da declaração de nulidade *carecia de um aperfeiçoamento*, para facultar a delimitação da eficácia da decisão *desde quando* da sua prolação, com ampliação do rol de possibilidades predisposto ao STF. Ademais, o Supremo já começava a dar *sinais claros* de que não tardaria a dar início ao uso de contemporizações *in abstracto* de seus julgamentos, com base em interpretação sistemática da Constituição,⁷² caso o legislador não viesse livrá-lo logo das amarras impostas pela vetusta tese da nulidade absoluta da declaração da norma inconstitucional.

Antes, porém, que o Supremo Tribunal Federal passasse, com base nos fundamentos acima delineados, mas, notadamente, com fulcro no princípio da segurança jurídica, a refletir *costumeiramente* sobre a manipulação de seus julgados no controle de constitucionalidade, seguindo os principais modelos estrangeiros (contexto este que, como visto, se avizinhava e já contava com o primeiro precedente neste sentido, referente à revogação da Súmula 394), em 10 de novembro de 1999 foi promulgada a Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9.868), cujo art. 27 que positivou a teoria, *in verbis*:

⁷⁰ A expressão “*stare decisis*” vem do latim: *stare decisis et non quieta movere*, isto é, mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

⁷¹ Mendes-Martins, *cit.*, p. 235.

⁷² A maior prova disso é o citado caso, *decidido em meados de 1999*, alusivo à revogação da Súmula 394 sobre foro privilegiado, no qual o STF foi obrigado a lançar mão pela primeira vez da modulação prévia dos efeitos de seu novo *decisum*, mantendo validade de julgamentos *antigos* proferidos pela Corte (i.e., mantendo a eficácia da súmula em relação aos casos passados). Assim, embora não se tenha decisão de inconstitucionalidade, mas *decisão interpretativa da Constituição* sobre competência funcional, tratou-se de típico exemplo de modulação prévia *in abstracto*, conforme também observa Estêvão Mallet, destacando-o como o “*exemplo mais marcante, significativo e relevante da não aplicação retroativa da jurisprudência*” (v. “A jurisprudência deve ser sempre aplicada retroativamente?”, in *Repro 133/67*, p. 82).

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista as razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Posteriormente, *com idêntica redação*, o art. 11 da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, veio a dispor sobre a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A modulação é ainda objeto do art. 4º da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou a súmula vinculante, prescrevendo que ela poderá ter eficácia “*a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público*”,⁷³ consolidando a sistematização legislativa do tema no direito constitucional.

2.3. Modulação dos efeitos da decisão.

2.3.1. A discussão sobre a constitucionalidade.

O art. 27 da Lei 9.868/99, inspirado no art. 282, alínea 4, da Constituição de Portugal⁷⁴⁻⁷⁵, é objeto de questionamento perante o STF em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nºs 2.154 e 2.258), as quais, embora ainda não julgadas em definitivo, pelo que o atual contexto sugestiona, serão *improvidas*,⁷⁶ porquanto tal

⁷³ Não obstante, para fins de organização do trabalho, a análise e as menções no decorrer do texto ficarão restritas ao art. 27 da Lei 9.868/99, por ter sido este o dispositivo que veio positivar a manipulação dos efeitos decisórios no direito nacional.

⁷⁴ “Artigo 282. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2”.

⁷⁵ De fato, não há como deixar de ver uma grande proximidade entre o texto da norma nacional e o art. 282 da Constituição de Portugal. Humberto Ávila, porém, indica o direito alemão como fonte de inspiração do art. 27 da Lei da ADIN, notadamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que desenvolveu várias formas para atribuir efeitos a suas decisões (*op. cit.*, p. 500). Entretanto, não é possível citar este ou aquele ordenamento como *única fonte* de inspiração, já que a técnica de modulação é, como vimos, adotada em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros (da *common law* e *civil law*), havendo entre eles diferenças apenas *no específico*.

⁷⁶ Mesmo considerando o voto do então Ministro Sepúlveda Pertence pelo deferimento das ações em relação ao citado art. 27, conforme a informação colhida do acompanhamento das referidas ADIs no *site* do STF (www.stf.jus.br).

dispositivo vem sendo *regularmente* aplicado pelo STF em outros diversos processos submetidos à sua análise, tanto no controle abstrato, como no difuso. É de se presumir, fosse o contrário, i.e., houvesse resistência *firme* de algum de seus Ministros acerca da validade constitucional da norma relativa à modulação, certamente a polêmica seria trazida e enfrentada como *questão de ordem*, condicionalmente à sua incidência no caso concreto.⁷⁷ Em outras palavras, não faria a Corte Suprema uso de uma norma reguladora da eficácia de suas decisões na expectativa segura – admitida ao menos no *plano psicológico* de cada um de seus Ministros – de que essa mesmíssima norma será invalidada no âmbito de uma outra ação a ela submetida.

Sem embargo, para respeitar a ordenação deste trabalho, revele-se que não são frágeis – embora sejam refutáveis – os argumentos adotados pelas referidas ADIs para inquinar a *validade constitucional* do aludido art. 27 da Lei 9.868/99, pontualmente: (a) violação ao princípio da isonomia (decorrente do fato de que a técnica de manipulação de efeitos poderia beneficiar alguns grupos em detrimento de outros⁷⁸); (b) violação do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) – por permitir que atos normativos e leis inconstitucionais, assim declarados pelo STF, possam produzir algum tipo de efeito válido em certo momento temporal;⁷⁹ (c) inconstitucionalidade formal, por exigir a regra da modulação definição em texto constitucional.⁸⁰ Na petição inicial da OAB, a partir de citação doutrinária, fica implícita também a preocupação com a atuação do Poder Judiciário como órgão legislador: “(...) dar-se-ia [com o dispositivo do art. 27] ao Supremo Tribunal Federal assento normativo, notadamente, para que fosse viável, em circunstâncias especiais, certo temperamento quanto aos efeitos das decisões”.⁸¹

Não há dúvida, o estabelecimento dessa regra de relativização de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, em razão da sua própria natureza, caberia confortavelmente no seio da Constituição Federal; assim ocorre, consoante já observado,

⁷⁷ Com o mesmo sentimento, Tercio Sampaio Ferraz, Roque Carraza e Nelson Nery Jr, observando que a notoriedade da adoção pelo STF da nova sistemática de mitigação dos efeitos das decisões, conforme o art. 27 da Lei 9.868/99, tornando “*superado o debate sobre a legitimidade [constitucional] da fórmula positivada no referido artigo*” (v. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, 2ª ed., Barueri, Manole, 2009, pp. xxix da introdução).

⁷⁸ Cf. a petição inicial da ADI nº 2154-1, proposta em 22/02/2000, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, disponível no *site* do STF (www.stf.jus.br).

⁷⁹ Cf. a petição inicial da ADI 2258, proposta em 27/07/2000 pelo Conselho Federal da OAB, disponível no *site* do STF (www.stf.jus.br). Obs.: o argumento de violação ao princípio da legalidade é utilizado também na ADI 2154-1, embora de forma mais sucinta.

⁸⁰ A este fundamento, porém, não é dado ênfase na ADI 2258 ajuizada pelo Conselho Federal da OAB.

⁸¹ O trecho está às fls. 17 da exordial da ADI 2.255 (*in* www.stf.jus.br).

em Portugal (v. art. 282, n. 4, da CRP), onde está fora de cogitação vício de formalidade legislativa nesse mecanismo. Exatamente por isso, na Assembleia Constituinte de 1988, tentou-se inserir – como § 2º do art. 127 da CF/88 – dispositivo similar ao atual art. 27 da Lei da ADI,⁸² mas a proposta apresentada acabou sendo, à época, rejeitada (talvez mais por motivos *políticos* do que efetivamente técnicos). Portanto, essa decisão do legislador brasileiro, de inserir a matéria em sede *infraconstitucional*, abre espaço para que sejam considerados importantes óbices à *validade formal* da norma em comento, a se pensar que a teoria da nulidade – que decorre do princípio da supremacia da Constituição – não poderia ser mitigada por regramento de menor hierarquia.

Daí o motivo pelo qual significativa corrente doutrinária defende a “patente inconstitucionalidade do art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99, porque interfere nos efeitos inerentes à sanção da nulidade com que, em nosso sistema jurídico, se combate a inconstitucionalidade legislativa, sanção essa que decorre das características do modelo de fiscalização traçado pela Lei Maior, configurando, consoante já se viu, um princípio constitucional *implícito*”.⁸³

Apesar dessa respeitável opinião, nos parece que o art. 27 da Lei 9.868/99 não sofre do vício da inconstitucionalidade formal, na medida em que decorre do *princípio constitucional da segurança jurídica*⁸⁴ e da proporcionalidade. Ou seja, como a Constituição é *omissa* sobre o estabelecimento de uma regra peremptória atinente aos efeitos das decisões do STF no controle de validade das leis – o princípio da nulidade é resultado de uma *interpretação teleológica* da Carta –, tem-se entendido ser possível sistematizar em *lei ordinária* o formato dessa imprescindível técnica de manipulação, “*no interesse da segurança jurídica, da clareza e determinação jurídicas*”.⁸⁵

Com efeito, no julgamento do HC 82.959-7/SP, conforme colhe-se do voto do Ministro Gilmar Mendes, assentou-se que o art. 27 da lei 9.868/99 tem caráter interpretativo, fundado que está em princípios cujos conceitos são indeterminados – *segurança jurídica e excepcional interesse social* –, *mas que se revestem de base*

⁸² O dispositivo do projeto da CF tinha a seguinte redação: “Art. 127 (...) § 2º. Quando o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”.

⁸³ Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 300.

⁸⁴ Neste sentido, Gilmar Mendes: “a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, *com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica*” (*Controle Concentrado de Constitucionalidade*, op. cit., p. 548).

⁸⁵ Ainda: Mendes, op. cit., p. 558.

constitucional.⁸⁶ De maneira que a teoria de alicerce da nulidade sancionatória *ab initio* da lei inconstitucional será afastada sempre que se puder demonstrar, com base em uma *ponderação concreta*, que ela envolverá o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.⁸⁷

No mesmo diapasão, por ocasião do julgamento do RE 353.657/PR, o Ministro Ricardo Lewandowski obtemperou que “embora o efeito prospectivo variável possa causar certa espécie, seja por seu aspecto inovador, seja *por não encontrar previsão constitucional expressa*, quando compreendido sob uma ótica teleológica, não é difícil constatar que ele encontra fundamento no princípio da razoabilidade, porquanto objetiva não apenas minimizar o impacto das decisões do Supremo sobre relações jurídicas já consolidadas, como também evitar a ocorrência de um vácuo legislativo, em tese mais gravoso para o ordenamento legal do que a subsistência temporária da norma declarada inconstitucional. (...) Recorde-se, ademais, que o STF ao proceder, em casos excepcionais, à modulação dos efeitos de suas decisões, por motivos de segurança jurídica ou de relevante interesse social, estará realizando a ponderação de valores e princípios abrigados na própria Constituição”.⁸⁸ E ao final do ano de 2010, na apreciação da ADI 3.601/DF, o Plenário do STF voltou a reafirmar em tom uníssono: “o art. 27 da Lei nº 9.868/99 *tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais*, de modo que sua efetivação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior”.⁸⁹

Assim, pese o fato de o art. 27 situar-se em plano hierárquico menor, tem-se entendido resultar de um postulado *constitucional*, em salvaguarda do princípio da segurança jurídica e da ordem social, o que lhe garante a constitucionalidade formal,⁹⁰

⁸⁶ De igual forma, o art. 282º da Constituição Portuguesa, que veicula conceitos jurídicos relativamente indeterminados, apesar da sua densidade como figuras jurídicas pré-constitucionais (cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed. Revista, Coimbra, Coimbra, 1993, p. 1043).

⁸⁷ Isto é, caberá ao Supremo Tribunal Federal propiciar a *busca de uma solução concreta que acomode os interesses em conflito*, visando proteger a segurança jurídica (Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle de Constitucionalidade”, in *Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2ª ed. rev. e ampl., 1ª reimpressão, coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 250). Igualmente a favor da constitucionalidade da modulação, embora defendendo sua aplicação restrita, v. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, op. cit., p. 524.

⁸⁸ RE nº 353.657-5/PR, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25/06/07, www.stf.jus.br.

⁸⁹ ED na ADI nº 3.601/DF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09/09/10, www.stf.jus.br.

⁹⁰ HC nº 82.959-7/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, pág. 77 do acórdão, fls. 652. Na doutrina, defendendo o status constitucional do princípio da segurança jurídica, que daria fundo constitucional ao art. 27 da Lei 9.868/99 e à técnica de modulação, as lições de Tercio Sampaio Ferraz, Roque Antonio Carraza e Nelson Nery Jr. (op. cit., pp. xxvii e xxviii da introdução).

assertiva esta que parece bastante plausível e da qual iremos nos socorrer no transcurso deste trabalho.

No que tange à constitucionalidade material do dispositivo em questão, a possibilidade de acomodação da eficácia das decisões da Corte Constitucional é considerada atualmente pela doutrina moderna um instrumento destinado a garantir o “*processo de mutação constitucional*” e cuja essência está no elementar princípio que garante o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF). Por isso, “em última análise, negada a aplicação à prerrogativa de reconhecimento da inconstitucionalidade da lei com efeitos prospectivos, o que se estará fazendo é *subtrair* do Judiciário a possibilidade de, em se vendo diante de hipótese necessária de atualização da compreensão do texto da norma constitucional, empreender a ponderação de valores e combinar o esforço de revogação, com a garantia de segurança das situações anteriores”.⁹¹ Em outros termos, pode-se afirmar que a sanção anulatória com efeitos retroativos impõe obstáculos à alteração da jurisprudência, deixando a Suprema Corte mais *conservadora* em termos de reavaliação das suas orientações passadas com base em uma releitura da Constituição, em virtude dos receios de, com tal prática, atingir situações consolidadas no passado. A manutenção dessa dinâmica, portanto, acaba por gerar uma inconstitucionalidade, na medida em que impõe ao Supremo Tribunal Federal freios à sua livre atuação, ferindo de morte o princípio que garante o Estado Democrático de Direito, bem como a própria independência do mais alto tribunal do país.

A propósito, a necessidade de *readequação do texto constitucional* foi empreendida no julgamento do aqui já mencionado HC nº 82.959/SP, no âmbito do qual o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a adaptar sua jurisprudência outrora pacificada sobre a matéria alusiva ao regime de progressão de pena dos crimes hediondos. Não fosse a alternativa aberta pelo art. 27 da Lei 9.868/99, talvez a Corte Constitucional brasileira não ousasse adotar essa “*evolução jurisprudencial*”,⁹² diante das drásticas conseqüências jurídicas que sua novel decisão ensejaria no tocante às penas já extintas (vultosos pedidos de indenização contra o Estado). Assim, reconhecendo a Corte Suprema cuidar de típica virada jurisprudencial (*overruling*), decidiu pela declaração incidental de

⁹¹ Cf. Vanice Lúrio do Vale, “Efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade como técnica garantidora do livre exercício da atualização constitucional”, in RTDP nº 38/185, p. 190.

⁹² Mauro Cappelletti atenta para o fato de que a necessidade de se admitir a manipulação das sentenças, na esfera da jurisdição constitucional, decorre especialmente da recente jurisprudência norte-americana que demonstrou que a Constituição é um “*living document*”, sujeito a evoluções de significado, pelo que aquilo que em um certo momento de tal evolução pode ser conforme ou contrário à Constituição, pode não sê-lo em futuras situações, em razão da própria evolução das coisas, não obstante inspirada, em geral, em oportuno pragmatismo e elasticidade (*op. cit.*, p. 123).

inconstitucionalidade, com a ressalva de que tal decisão não geraria reflexos com relação às penas já extintas até a data do julgamento, resguardando-se a *segurança jurídica*.⁹³

Ainda sob este ângulo de análise, vale lembrar que a própria Exposição de Motivos da Lei 9.868/99 *justificou* o art. 27 no fato de que é indispensável ao sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade a previsão de um mecanismo apto a permitir uma *relativização* das repercussões decisórias a partir de um juízo de ponderação, já que o sistema outrora adotado (da nulidade totalmente retroativa) “*acabava por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais*”. Conforme foi visto, a preocupação do legislador se debruça sobre os *freios ilegítimos* que a teoria da nulidade *ex tunc* representa, diante das consequências drásticas que ela pode causar à sociedade (i.e., freios tanto para a *revisão* da jurisprudência antiga, como também na *declaração* de inconstitucionalidade das normas). Ou seja, porque os juízes não deixam de atentar às situações sociais e políticas quando são chamados a julgar casos de repercussão, a tese da *prospecção* trata de eliminar o receio da Corte (*self-restraint*) em declarar uma norma inconstitucional, dando a ela instrumentos para lidar com os conseqüências da sua decisão,⁹⁴ apesar dos *riscos de banalizações* que daí possam surgir, caso a técnica comece a ser aplicada fora do âmbito de sua *excepcionalidade* (i.e., essa banalização poderia dar azo à edição de leis sabidamente inconstitucionais pelo Poder Público na esperança de que elas venham a ser convalidadas pelo Judiciário).

Acerca das demais objeções opostas acerca da constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99, cumpre atentar que a considerada modulação engendra uma *fórmula utilíssima ao controle de constitucionalidade*, com vistas a admitir o tratamento mais *justo* possível às diversas situações do mundo fenomênico, embora atribuindo ao Supremo Tribunal Federal uma *função derivada* que não lhe é exatamente típica (de temperar a eficácia de uma norma ou de dizer as situações às quais ela será aplicada). Justificável, por isso, a preocupação das precitadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 atinente ao *papel de legislador* que a Suprema Corte poderia eventualmente desenvolver no controle de constitucionalidade, máxime em tempos de excessiva *judicialização*.

⁹³ HC nº 82.959-7/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006, www.stf.jus.br.

⁹⁴ Neste sentido: García de Enterría, *op. et loc. cit.*, p. 15.

Contudo, não se entrevê nessa prática uma ilegal interferência ou “troca de papéis”, conforme esclarece Vaníce Lírío do Valle, pois, modernamente, *o equilíbrio e a harmonia entre os poderes não podem ser traduzidos em segregação absoluta de funções*, ou seja: “não é o argumento de que uma atuação criadora do Poder Judiciário – pautada, como se cogita, pelos princípios constitucionais regedores do tema legislado sob o estigma do vício – possa implicar maior interseção entre ele e o Legislativo, que seria argumento suficiente a admitir-se o comprometimento, por outro lado, da estabilidade das relações e da segurança jurídica, princípios em sede igualmente constitucional, e não menos relevantes no trato da matéria”.⁹⁵⁻⁹⁶

A essa linha de raciocínio, deve ser acrescido o fato de que a atividade modulatória exercida pela Suprema Corte *não é fruto de decisão meramente política*, mas passa pela demonstração obrigatória dos *fundamentos* em que está amparada, característica que não se põe no exercício da função legislativa,⁹⁷ não pelo menos de forma preponderante, à semelhança do que ocorre na seara jurisdicional.

Por sinal, não se deve confundir a *atuação ativista do tribunal*, no sentido da proibição de invasão ilícita da esfera de competência do Poder Legislativo,⁹⁸ com a *atividade modulatória de decisões*. Isto porque, a utilização de mecanismos suavizadores da eficácia retroativa de precedentes não importa em usurpação de poder legislativo, ao contrário, serve para diminuir seus efeitos naturalmente inovadores, impedindo que eles interfiram no passado das relações constituídas e sedimentadas sob a égide da lei emanada de outro Poder. Assim, mesmo que se veja o ativismo judicial da Corte Constitucional como um problema,⁹⁹ lembramos que *ele poderá ser pior sem a modulação*, pois aí se

⁹⁵ *Op. et loc. cit.*, p. 189. Canotilho e Moreira destacam apenas uma “tendência” normativa do Tribunal quando exerce o poder de manipular suas decisões, lembrando, entretanto, que tal atividade está vinculada aos pressupostos objetivos constitucionalmente fixados (*CRP Anotada, op. cit.*, p. 1042).

⁹⁶ Em judicioso voto no MI 670-9/ES, o Ministro Lewandowski atentou ao fato de que é preciso superar a visão estática, tradicional, do princípio da separação dos poderes, reconhecendo-se que as funções que a Constituição atribui a cada um deles, na complexa dinâmica governamental do Estado contemporâneo, *podem ser desempenhadas de forma compartilhada*, sem que isso implique a superação da tese original de Montesquieu.

⁹⁷ Ainda, v. Vaníce Lírío do Valle, *op. et loc. cit.*, p. 191.

⁹⁸ Na definição do Professor Elival da Silva Ramos, “por *ativismo judicial*, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem de linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrigo da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (*Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos, cit.*, p. 308).

⁹⁹ A questão do ativismo está situada naquela *linha tênue* que delimita a atuação dos Poderes e o sistema de controle recíproco a eles inerente. Defendendo o ativismo, em certa medida, em recente discurso o Ministro

estaria admitindo a elaboração *ab ovo* da lei pelo Judiciário com força totalmente retroativa, constituindo um gravíssimo atentado à segurança jurídica.¹⁰⁰ Sob tal enfoque, a técnica ora estudada poderá servir, portanto, para *diminuir* eventual intromissão do Judiciário sobre a atividade legislativa.¹⁰¹

Para concluir essa análise, nota-se que a modulação está alicerçada na *proporcionalidade*, segundo a qual os princípios constitucionais em confronto devem ser sopesados, de forma a se prestigiar aquele de maior relevância. Dessa forma não haverá violação do princípio da isonomia, na medida em que o art. 27 da Lei 9.868/99, embora possa prestigiar certos grupos de pessoas (as que seriam beneficiadas com a prospecção dos efeitos decisórios), isto (benefício de uns em detrimento de outros) ocorre em razão da prevalência de outros valores mais relevantes, estando, assim, constitucionalmente amparada a solução. A rigor, haveria infringência do princípio da isonomia se eventualmente se admitisse o *overruling* sempre com efeitos retroativos, pois aí as partes que já foram julgadas seriam beneficiadas com a jurisprudência antiga, enquanto que aquelas com causas pendentes sofreriam o efeito na nova regra, por exemplo, tendo de pagar um tributo até então considerado confiscatório pelo tribunal. Nesse senso, a técnica da modulação servirá para organizar os efeitos da reviravolta jurisprudencial, com o fulcro exatamente de preservar o princípio da igualdade.

Com tais argumentos pontuais, entendemos superados os aspectos relativos à demonstração da *constitucionalidade* formal e material do art. 27 da Lei da ADI – questão esta que foi aqui referencialmente analisada, porque, de novo, nos conformamos com o fato de que o STF já referendou o dispositivo ao abusar da sua aplicação em diversos julgamentos –, permitindo-nos indicar, ao fim dessa análise, que é relevante a sua *utilidade sócio-jurisdicional*, pois legitimamente fundado em postulados de máxima representação

Celso Mello afirmou: “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, *tornam-se uma necessidade institucional*, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, *não pode se reduzir a uma posição de pura passividade*” (discurso na posse do Ministro Ayres Britto na Presidência do STF, in www.stf.jus.br).

¹⁰⁰ Claro que o inverso também pode ser verdadeiro, i.e., o juiz pode sentir-se mais confortável em *innovar*, atravessando o legislador, diante do fato de que o resultado do seu ato de criação (judiciária) não irá causar tantos problemas em vista da possibilidade de ajustamento; mas aí, pensamos nós, estar-se-ia argumentando com uma *situação patológica* que não serve para fins de estabelecimento de premissas acadêmicas, fundadas no uso *razoável* dos mecanismos predispostos ao juiz no exercício legal da jurisdição.

¹⁰¹ A ideia de *legislador negativo* quando se trata de anulação de leis, já encampada por Kelsen, não faz duvidar que o Poder Judiciário nunca deixou e jamais deixará de interferir de certa forma naquilo que o Legislativo produz, razão pela qual, nessas circunstâncias, é melhor que seja dado ao juiz esse poder de ajustar os efeitos de seus precedentes para poder manter relações jurídicas fundadas na lei posteriormente excluída do ordenamento.

constitucional, a “*segurança jurídica*” e o “*excepcional interesse social*” (ou “*interesse público*”, na dicção do art. 4º da Lei 11.417/06).

2.3.2. Segurança jurídica e interesse social como justificativas para a modulação: juízo de proporcionalidade a ser exercido em decisão fundamentada de caráter excepcional.

Temas sobre os quais voltaremos a discorrer oportunamente para justificar a pertinência da manipulação da eficácia das sentenças também na jurisdição infraconstitucional, a *segurança jurídica* e o *interesse social* são fundamentos aptos a justificar a limitação do espectro de eficácia da decisão de inconstitucionalidade, pois decorrem de mandamentos constitucionais (posto que *implícitos*, para parcela da doutrina), resultado da interpretação do princípio que estabelece o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF).¹⁰²

Com efeito, calha obtemperar que o art. 27 da Lei 9.869/99, ao preocupar-se com a *segurança jurídica*, procurou salvaguardar aquelas situações perpetradas sob a égide da lei que somente posteriormente veio a ser declarada ilegal, evitando o “*caos na vida social em suas respectivas relações*”.¹⁰³⁻¹⁰⁴ A rigor, ao aludir à proteção da *segurança jurídica*, a lei adota um *princípio aberto*, de natureza implicitamente constitucional, visando garantir as situações consolidadas com base na *lei ilegítima* ou, em caso de revisão de jurisprudência, na *anterior interpretação* atribuída pela Corte Suprema a uma determinada norma.

Consequentemente, todas as vezes que se recorre à *segurança jurídica* para fundar a possibilidade de modulação da jurisprudência constitucional, assume o legislador o papel de guardião da “*paz jurídica* e das *legítimas expectativas das pessoas* na subsistência de situações estabilizadas e geradas por actos e contratos formados em execução, ou no respeito da norma inconstitucional e cuja destruição poderia impor sacrifícios materialmente infundados, exorbitantes ou desnecessários”.¹⁰⁵ Porém, é preciso deixar consignado aqui que tal balizamento que dá confirma a lei inconstitucional não deixa de

¹⁰² Neste sentido, v., dentre tantos, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *op. cit.*, p. 216.

¹⁰³ Nery Ferrari, *op. cit.*, p. 235.

¹⁰⁴ São diversas as situações – e já há vários *casos julgados* pela jurisprudência do STF, como vimos no decorrer desse capítulo – nas quais a anulação da norma inconstitucional poderia ensejar efeitos drásticos. A doutrina conjectura a hipótese de inconstitucionalidade de uma lei que haja permitido a adoção de crianças, para questionar como estas ficariam em caso de obrigatório retorno das coisas ao estado anterior (cf. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *op. cit.*, p. 241).

¹⁰⁵ Ainda, v. Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 287.

ser um *fator de incerteza*,¹⁰⁶ motivo pelo qual se exige aqui uma *finesse* especial do tribunal para evitar generalizações (voltaremos a esse tema em capítulos subsequentes deste trabalho).

Já o “*excepcional interesse social*”, referido pela lei (art. 27) como fundamento para relativizar os reflexos – sempre vinculantes – da decisão declaratória de inconstitucionalidade (no direito constitucional português alude-se a “*interesse público de excepcional relevo*”, conforme art. 282 da CRP), visa fazer prevalecer, de algum modo, o que se usa chamar de “*razão de Estado*”.¹⁰⁷ Por isso, opostamente à segurança jurídica e à equidade, o requisito “interesse público de excepcional relevo” permite que uma motivação de *caráter político* justifique a decisão modulatória do Tribunal Constitucional, razão por que lhe cabe, na execução desse mister, proceder a uma *ponderação de valores e de interesses*, deixando inequivocamente demonstrado que o interesse público em conservar uma determinada situação jurídica é superior ao *interesse público* em garantir o princípio da constitucionalidade (i.e., efeitos repressivos da declaração de inconstitucionalidade).¹⁰⁸

Percebe-se, a adoção de uma flexibilização de eficácia decisória está fundada – *lato sensu* – no *princípio da proporcionalidade*, à luz do qual se afasta (*in abstracto*) o caráter excessivamente – ou desnecessariamente – oneroso dos efeitos repressivos que o princípio da supremacia comina, atentando-se à teleologia do brocardo *summum ius, summa injuria*. Objetiva-se, dessa forma, com amparo em uma ponderação axiológica de bens jurídicos afetados pelas consequências da decisão, que o imperativo da invalidação dos efeitos do ato ilegal, sob o ângulo da inconstitucionalidade, “possa a vir prevalecer para além de uma justa medida, sobre outros valores jurídicos e interesses públicos que também são dignos de especial proteção constitucional”.¹⁰⁹

Em razão da grande influência do *juízo de proporcionalidade*, notamos adicionalmente que a atividade de ajustamento exercida nesse âmbito pela Corte Constitucional assume inegável “*densidade política*”, embora, sob outro ângulo, tal

¹⁰⁶ Sem dúvida, “pese o facto uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral [com efeitos retroativos] contribuir para o reequilíbrio do sistema jurídico através da depuração de uma norma inválida e da supressão dos efeitos que a mesma haja produzido, acaba contudo a mesma decisão por ser, paradoxalmente, um *fator de incerteza*” (Carlos Blanco de Moraes, *idem*, p. 284).

¹⁰⁷ Conforme elucida o Professor Carlos Blanco de Moraes, atento às lições de Jorge Miranda sobre o assunto (*op. cit.*, p. 290).

¹⁰⁸ *Op. cit.*, pp. 290 e 291.

¹⁰⁹ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 282. No Brasil, sobre o juízo de proporcionalidade necessário à mitigação do efeito da nulidade *ex tunc*, as lições de Teori Albino Zavascki (*Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, São Paulo, RT, 2001, pp. 49/50).

“politicidade” não possa ser confundida com “delegação de poderes políticos” ao Tribunal, pois os interesses públicos que salvaguardam a estruturação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade estão relacionados com a *prossecução* de valores e fins protegidos pela própria Constituição.¹¹⁰

Sendo assim – e inclusive para evitar essa eventual “politização” excessiva das decisões sobre constitucionalidade –, não se diverge sobre a marcante *excepcionalidade* da prática de obtemperamento dos impactos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, de forma que o princípio da nulidade sancionatória continua a ser *a regra* no direito constitucional-processual brasileiro; ou, consoante adverte a doutrina que se pôs a estudar o tema, a CF/88 é intolerante com qualquer tipo de preservação de estados de inconstitucionalidade, o que *reduz demasiadamente o espaço* concedido ao STF para aplicação da técnica ora estudada.¹¹¹

Em outras palavras, pode-se afirmar conclusivamente que o afastamento da chamada teoria da nulidade invariavelmente dependerá de um “*severo juízo de ponderação*” (= juízo de proporcionalidade), com a demonstração clara de que, excepcionalmente *naquele* caso concreto, é preciso fazer prevalecer a segurança jurídica ou o interesse social ou outro postulado constitucional a eles entrelaçado.¹¹² Por conseguinte, o juízo relacionado ao amoldamento das decisões pela Corte Suprema não poderá, realmente, ser fruto de opção “meramente política”, já que cuidará de decisão sujeita sempre ao cumprimento do *dever de motivação* (art. 93, inc. IX, CF), máxime porque, agindo desse modo, o Tribunal se auto-imuniza de eventuais críticas relacionadas à invasão da esfera do Poder Legislativo,¹¹³ ao passo que, concomitantemente, *respalda* sua opção pela solução processual extremada (não-retroação).¹¹⁴

¹¹⁰ Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 291. É que, na verdade, conforme ensina a doutrina constitucionalista, na função de interpretar Constituição pelas Cortes Constitucionais está ínsita uma certa densidade política; ou, nas palavras de Jorge Miranda, citado por Roger Stiefelmann Leal em outro contexto, a interpretação constitucional vive paredes-meias com a política (*O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 67).

¹¹¹ Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 524.

¹¹² Gilmar Mendes, *op. cit.*, p. 564.

¹¹³ Vanice Lírio do Valle, *op. et loc. cit.*, p. 191.

¹¹⁴ Em sentido similar, v. Paulo Bonavides, segundo o qual, quando do exercício da manipulação dos efeitos decisórios, “ter-se-á sempre em vista, seja qual for a forma de controle normativo – abstrato ou concreto –, o teor material do acórdão, a fim de conjurar ou precaver ofensas a direitos subjetivos, os quais a ordem jurídica tutela e não podem ficar vulneráveis a atos de arbítrio, sem forma nem figura de juízo, quais aqueles que possam ser perpetrados usurpatoriamente por uma autoridade coatora” (*Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed., atual., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 343).

Dessa forma, a *atividade jurisdicional* que se desenvolve quando o STF exerce a faculdade que lhe foi atribuída pelo art. 27 da Lei 9.868/99 – porquanto inserida tal atividade no contexto de elaboração de um juízo de proporcionalidade, perpassando pela obrigatória valoração de questões *macro*, ditadas, muitas vezes, pela análise de *repercussões sócio-político-econômicas* (= excepcional interesse social) –, naturalmente acaba por exigir uma *fundamentação sólida e específica*, inclusive para evitar conjecturas acerca do favorecimento de certos grupos sociais em detrimento de outros, como é o caso, v.g., da declaração *pro futuro* da inconstitucionalidade de uma lei tributária, admitindo a validade da arrecadação fiscal irregular levada a efeito enquanto a lei vigorou, em prejuízo dos contribuintes, nos termos do que, em peso, vem pontuando a doutrina.¹¹⁵

Vale registrar que o art. 282, nº 4º, da Constituição de Portugal, *uma das fontes de inspiração* do nosso art. 27 da Lei da ADI, é *expresso* na determinação desse dever específico de *motivar* atribuído ao Tribunal Constitucional, como forma de dar instrumentos para *balizar* o juízo da Corte a esse respeito: “a fundamentação de uma decisão restringente dos efeitos típicos da nulidade se justifica sempre, não só em razão da sua natureza relativamente excepcional, mas também pelo facto de ancorar em princípios ou medidas de valores fortemente indeterminadas”¹¹⁶.

Portanto, exige-se *in casu* da Suprema Corte a apresentação de uma *rigorosa motivação* (“fundamentação reconstrutiva”, na expressão do Professor Carlos Blanco de Moraes¹¹⁷), pois, se é certo que o Tribunal está vinculado aos princípios constitucionais na conferência da necessidade de delimitação temporal da sua jurisprudência (no Brasil, “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”, cf. art. 27 da Lei 9.868/99), por outro lado a adoção de tais princípios lhe confere *um maior grau de criatividade persuasiva e propriamente criativa no balanceamento político e valorativo que lhe assiste realizar* (i.e., mais um “balanço de interesses”, do que uma “interpretação jurídica” propriamente dita),

¹¹⁵ Sobre os limites absolutamente *restritos* – quase que impossíveis – da modulação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade no âmbito do direito tributário, v. Humberto Ávila, *op. cit.*, pp. 502-516. Em senso similar, v. ainda: Fábio Martins de Andrade, “A ADC 18 e a Modulação Temporal dos Efeitos: por que a Eventual Decisão acerca da Inconstitucionalidade da Inclusão da Parcela do ICMS na Base de Cálculo da Cofins e do PIS na ADC 18 não deve ter Efeito *ex Nunc* em Benefício da Fazenda Nacional”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 166/61; Célio Armando Janczeski, “A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 157/17; Andrei Pitten Velloso, “A Temerária ‘Modulação’ dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 157/7.

¹¹⁶ V., novamente, Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 294.

¹¹⁷ Fundamentação reconstrutiva, conforme Carlos Blanco de Moraes, “consiste numa técnica argumentativa, através da qual se procede a uma ponderação de valores e de interesses concretos, individuais ou colectivos, mediante a observância de um procedimento predominantemente tópico do uso da retórica justificante da restrição de efeitos que o Tribunal leva a cabo” (*op. cit.*, p. 296).

que pressupõe, é inegável, uma “maior margem de discricionariedade” na dedução das situações propícias a permitir a modulação da jurisprudência.¹¹⁸ O que permite concluir que *a função do tribunal será convencer a opinião pública*, os operadores do direito, e, enfim, os destinatários da norma de que a suavização dos efeitos da sentença está alicerçada em *valores legítimos*, de fundamental importância, e não em meros interesses incidentais iluminados por ocasionais pressões políticas ou popularescas.¹¹⁹⁻¹²⁰

Ainda sob tal aspecto, mostra-se oportuno sublinhar aqui que esse *dever de motivação especial* resulta da excepcionalidade que encerra a técnica de manipulação de efeitos decisórios, inclusive porque, ensinam as lições dos doutos, “a mesma segurança jurídica que pode ser usada para manter leis contrárias à Constituição com a finalidade de proteger a confiança de alguns que confiaram na validade de leis cuja constitucionalidade era presumida também pode ser utilizada com o fim de proteger a confiança de outros que confiaram na aplicação da consequência prevista para o *descumprimento* das leis contrárias à Constituição; a mesma segurança jurídica que pode ser utilizada para manter contratos inválidos com o objetivo de preservar a boa-fé das partes que atuaram acreditando na sua validade também pode ser usada com o fim de proteger a confiança das partes que confiaram na aplicação das consequências previstas para os casos de invalidade”.¹²¹ Ou seja, “a manutenção de atos ou de efeitos inválidos com base na segurança jurídica é ambígua”,¹²² pois *tanto para modular, como para não-modular, o princípio da segurança jurídica poderá ser o elemento principal da fundamentação do julgado em um ou em outro sentido*. Porque o mesmo princípio ampara as duas soluções sobre a eficácia do precedente da Suprema Corte, é evidente que ela deverá ter um *extraordinário cuidado para provar a coerência de seu raciocínio* (o tema será oportunamente abordado no Capítulo 3.4.9, *infra*, desta tese).

Pois bem, em nossa análise, pudemos constatar mediante a análise doutrinária que as Cortes Constitucionais estrangeiras, em geral, não têm deixado de fundamentar suas decisões neste particular, embora isso não as livre das *críticas* lançadas pela doutrina no

¹¹⁸ V, novamente, Carlos Blanco de Moraes (*op. cit.*, p. 297).

¹¹⁹ Assim, Antonino Spadaro, *apud* Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 297.

¹²⁰ Em senso análogo, Paulo Bonavides está a confirmar que tais sentenças declaratórias de inconstitucionalidade prestam-se a fazer um “*exame deveras metucioso*”, com a adoção de “meios elucidativos” para demonstrar, diante de cada caso concreto, os limites e o alcance de inconstitucionalidade, cumprindo-se, assim, o dever especial de motivação de que se fala acima (*Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 34).

¹²¹ Humberto Ávila, *ob. cit.*, p. 537-538.

¹²² Ávila, *idem*, p. 538. No mesmo sentido, dando destaque à obrigação de fundamentar a decisão modulatória, v., dentre tantos, Georges Abboud, *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: RT, 2011, p. 273.

tocante ao adequado adimplemento de tal obrigação, demonstrando que, em alguns casos, os motivos considerados pelo tribunal carecem de um *melhor aperfeiçoamento*. No Brasil, há quem sustente que, no Supremo Tribunal Federal, “a fixação dos limites da decisão sobre inconstitucionalidade carece de uma fundamentação clara”, principalmente nos acórdãos em que houve modulação *pro futuro*, pois inexistente a “indicação precisa das razões que levaram a Corte a escolher, dentre inúmeras possibilidades, um termo inicial determinado para que sua decisão produzisse os efeitos esperados”.¹²³

Humberto Ávila, opinando sobre o tema, também está a sustentar que algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que resolveram pela anulabilidade relativa pecaram pela análise da integralidade do princípio da segurança jurídica, especialmente no seu aspecto temporal, sem contar que a presunção de seus grandes efeitos foi feita, na maioria dos casos, à míngua de qualquer tipo de comprovação ou, até mesmo, motivação racional que pudesse amparar tal presunção. Além disso, nos casos que julgou, o STF absteve-se de apreciar concretamente a aparência de constitucionalidade da lei no momento do exercício do ato posteriormente havido por ela como inconstitucional, o que é reputado extremamente importante para fins de justificação da convalidação de efeitos, sob pena de se encorajar a prática futura de novas inconstitucionalidades (i.e., corre-se o risco de manter a eficácia de atos que foram praticados *sabidamente* contra a Constituição, na ausência da análise dessa especial circunstância).¹²⁴

Em Portugal, onde a técnica de modulação está aparentemente mais amadurecida, sua Corte Constitucional sofre de questionamentos doutrinários do mesmo jaez; o Professor Carlos Blanco de Moraes sublinha, nesse sentido, que “o Tribunal Constitucional nem sempre parece observar a autonomia dos fundamentos próprios de cada um dos três pressupostos de restrição de efeitos previstos no nº 4 do art. 282º, misturando-os, por vezes, acriticamente, o que não deixa de enfraquecer a solidez e o rigor da motivação das decisões restritivas”.¹²⁵

O problema, portanto, merece especial atenção, pois, em primeiro lugar, esses acórdãos, proferidos pela instância máxima, são irrecorríveis (salvo para o próprio

¹²³ Cf. o aprofundado estudo feito por Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, *op. cit.*, p. 53. De igual modo, Georges Abboud criticou a decisão do STF no caso da Portaria do TJ/AM (ADI 2.970-0, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, m.v., j. 04/07/2008, www.stf.jus.br), aludindo que, embora correta a decisão, *lhe faltou fundamentação específica*. Bem ressaltou, ainda, que o Supremo não dispõe de uma “prerrogativa discricionária” nessa seara (v. Abboud, *Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*, p. 294).

¹²⁴ Humberto Ávila, *cit.*, p. 537.

¹²⁵ Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 293.

tribunal), e, em segundo lugar, porque a motivação decisória da relativização ora comentada é essencial para a *legitimação popular* da opção extraordinária tomada pela Corte Constitucional, cabendo à doutrina o trabalho de atentar aos eventuais vícios daí oriundos, sem embargo, é claro, do controle *extra* que a sociedade exerce cada vez mais sobre as atividades da Suprema Corte do país.

As observações acima estão, em síntese, a demonstrar que a missão de fundamentar a mitigação dos efeitos decisórios do precedente encerra uma *complexa tarefa* que deve ser delicadamente adimplida pelo STF, em vista dos princípios abertos que estão a permitir a aplicação de tal ajustamento, evitando-se, com isso, a prática de uma vedada discricionariedade absoluta que poderia equiparar o juízo do tribunal a uma opção meramente política, advinda de “casuísmos”¹²⁶ ou mesmo de proteção de interesses públicos ilegítimos¹²⁷ (v. Capítulo 3.4.9, *infra*).

2.3.3. Aplicações técnicas e procedimentais da modulação.

Os parâmetros delimitados pelo art. 27 da Lei 9.869/99 acerca das aplicações técnicas da modulação dão *ampla margem de manobra* ao STF para amoldar a eficácia das suas decisões, ao dispor, genericamente, sobre a possibilidade de *restrição dos efeitos* da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sem prejuízo da delimitação da eficácia temporal.¹²⁸ Portanto, a modulação, sendo necessária, pode consistir em combinações que vão desde a seleção dos efeitos temporais que o tribunal entende devam ser produzidos pelo julgado até as partes que tais efeitos deverão atingir, em dados períodos de tempo pré-delimitados.

Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes observa que o STF tem o poder de amoldar sua decisão fazendo uso dos seguintes critérios:

¹²⁶ Sem a observância dos deveres de fundamentar, de justificar a necessidade imperiosa da modulação e, assim, comprovar, inclusive, e se o caso, documentalmente, os efeitos negativos decorrentes da decretação da nulidade *ex tunc* – ou da retroação da decisão interpretativa –, as decisões do STF terminarão sendo uma espécie de “roleta processual” ou um simples “jogo de risco”, diz o Prof. Humberto Ávila, inspirado nas expressões cunhadas pela doutrina alemã de Seer e Benda-Klein (*Segurança Jurídica, op. cit.*, p. 577). No mesmo sentido, v. Abboud, citando Rui Medeiros, refutando uma atividade “meramente discricionária” na modulação (*op. cit.*, p. 282).

¹²⁷ Por exemplo, a segurança jurídica não pode ser utilizada como justificativa a favor do Estado para manter a eficácia pretérita de lei tributária visivelmente inconstitucional, sob o argumento de que com isso estar-se-ia protegendo o Estado de graves “repercussões financeiras” (v., sobre o tema, a profunda explanação de Humberto Ávila, *op. cit.*, pp. 550-551).

¹²⁸ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, *restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”.

(a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex tunc*), com ou sem repristinação¹²⁹ da lei anterior;

(b) declarar a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos *por algum tempo* a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*), com ou sem repristinação da lei anterior;

(c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro do prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade = restrição de efeitos); e, eventualmente,

(d) declarar a inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo [*ex tunc*], com a preservação de determinadas situações”.¹³⁰

De fato, os ajustamentos acima propugnados encontram justificativas, como observado ao longo deste trabalho, na necessidade de salvaguardar a segurança jurídica e o interesse social; nestas circunstâncias, a forma mais usual de reestruturação de eficácia decisória consubstancia-se na imposição de *limites temporais* à força repressiva da nulidade (*ex tunc*), salvaguardando as consequências jurídicas que a lei inconstitucional produziu *no passado*, em termos análogos às situações consolidadas com base em sentenças transitadas em julgado: “tudo se passa como se, *durante um certo tempo*, para todos ou alguns dos seus efeitos, a norma não tivesse sido inconstitucional (ou ilegal)”,¹³¹

¹²⁹ A repristinação – no sentido estritamente jurídico – ocorre quando uma lei é revogada por outra e posteriormente a própria norma revogadora é revogada por uma terceira lei – *no caso, faz as vezes desta terceira lei a decisão do Supremo* –, que irá fazer com que a primeira tenha sua vigência restabelecida caso assim determine em seu texto legal. No art. 282, 1º, da Constituição de Portugal, há norma expressa determinando a repristinação da norma outrora revogada pela lei considerada inconstitucional. Sobre o tema, explicam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira o seguinte: “A declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) tem efeito repristinatório (nº 1 *in fine*), determinando a reentrada em vigor de normas eventualmente revogadas pela norma declarada inconstitucional (ou ilegal). Trata-se de um efeito directo da inconstitucionalidade (ou da ilegalidade), pois, sendo a norma inválida desde a origem, é inválida desde logo a revogação de normas anteriores que ela tenha efectuado. É óbvio que não se verificam esses efeitos quando a norma declarada inconstitucional (ou ilegal) não tiver revogado qualquer norma anterior; e também não existe efeito repristinatório quando se trate de inconstitucionalidade (ou ilegalidade) superveniente, pois então a norma ainda não era inconstitucional (ou ilegal) quando revogou as normas anteriores” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed. Revista, Coimbra, Coimbra, 1993, p. 1040). Na jurisprudência do STF, também se afirma no mesmo sentido, considerando que *a nulidade da norma inconstitucional acaba por restaurar as normas estatais anteriormente revogadas por aquela* (in RTJ 146/461).

¹³⁰ *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, op. cit., pp. 565-566.

¹³¹ Canotilho-Moreira, op. cit., p. 1043.

tratando-se, bem se vê, de um efeito muito similar ao instituto da *revogação da lei*.¹³² Essa aplicação clássica que advém do sistema que admite a manipulação da jurisprudência constitucional está, portanto, intimamente ligada à *limitação da sua retroatividade* ou, por outras palavras, ao entendimento de que certos julgados só irão ditar regras de comportamento a partir do dia da sua publicação.

Ao lado da limitação dos efeitos do julgado em relação ao passado, admite-se a declaração de nulidade *pro futuro*, que encontra paralelo no modelo austríaco, segundo o qual é permitido ao Tribunal assegurar a vigência da lei viciada por um prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias). De forma mais ou menos parecida, a adoção por aqui da técnica modulatória que impõe a *suspensão* da lei irregular serve para evitar seja extirpada do ordenamento norma que eventualmente favoreça algum benefício útil à parcela da população, apesar da infringência (dessa lei) ao princípio da isonomia; *in casu*, a Corte não elimina a norma, sob pena de suprimir uma vantagem considerável a um grupo de pessoas, agravando o quadro de desigualdade. Há, portanto, um “congelamento” da situação jurídica, no aguardo do reparo legislativo da falha.¹³³ Aludido mecanismo, porém, não exclui a possibilidade da chamada “extensão de benefícios” por equiparação, abrindo margem ao Supremo Tribunal para decidir a questão de uma forma ou de outra, conforme o caso concreto.

Por sua vez, *a restrição dos efeitos para proteção de certas situações consolidadas no passado*, visando imunizá-las da nulidade *ex tunc*, traduz aquele mecanismo antigo de ponderação incidental-posterior exercido do STF (assim vimos alhures), só que agora patenteada, desde logo (i.e., *in abstracto*), *na própria decisão* (principal) de inconstitucionalidade da lei – e não casuisticamente (a exemplo do que ocorria antes da edição da Lei 9.869/99) –, com o que são resolvidas de antemão as questões problemáticas oriundas dos conhecidos reflexos advindos da norma ilegal. Neste caso, entretanto, é imprescindível que as ditas “*situações imunizadas*” pelos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade estejam devidamente revestidas de uma “*especificidade justificante*” de seu resguardo em relação a outras, para evitar a violação do princípio da isonomia.¹³⁴ Mesmo porque, nos termos do que vem sustentando parte da doutrina, ao imunizar os efeitos reflexos da sua decisão, o STF está a *convalidar, parcialmente, o ato legislativo inquinado de nulidade*, assegurando sua “validade” em alguns casos e, portanto,

¹³² Cf. Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 300.

¹³³ Gilmar F. Mendes, *cit.*, p. 566. Como dito, há a possibilidade, ainda, de reavivar ou não a norma anteriormente substituída pela lei que veio a ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte, a depender da ponderação de cada caso concreto.

¹³⁴ Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 302.

a produção de efeitos próprios,¹³⁵ de forma que, realmente, tal tarefa jurisdicional está a depender de uma atenção redobrada no tocante à fundamentação.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal tem feito uso restrito¹³⁶ da manipulação dos efeitos das suas decisões, havendo inúmeros exemplos emblemáticos para demonstrar a incidência dessa técnica de natureza processual, com impacto no direito material. Ilustrativamente, no famoso precedente que julgou a questão da proporcionalidade entre o número de vereadores e o da população do Município de Mira Estrela-SP, o STF entendeu prudentemente aplicar sua decisão *pro futuro*, admitindo a preservação da atual composição da Câmara *até o fim da legislatura*, quando então o número de seus vereadores deveria ser reduzido (RE 197.917/SP). Já no julgamento da constitucionalidade da vedação legal ao regime de progressão nos crimes hediondos (HC 82.959/SP), a solução da Corte constituiu na declaração de inconstitucionalidade da lei com a ressalva de que tal decisão *não geraria reflexos com relação às penas já extintas* até a data do julgamento, preservando-se a *segurança jurídica* com o afastamento desde logo do cabimento de *eventuais* ações indenizatórias de ex-detentos contra o Estado (note-se, basta a capacidade *em potencial* de induzir reflexos danosos para que o Tribunal, desde logo, imunize a situação periclitante).¹³⁷

Com efeito, a doutrina que se pôs a analisar longamente cada um dos julgados da nossa Suprema Corte registrou que ela lançou mão dos seguintes ajustamentos: (i) “*modulação intermitente*”, fazendo com que os efeitos da decisão *retroajam* até determinado momento fixado pela Corte entre a edição do ato inconstitucional e sua decisão final; (ii) “*modulação ex nunc*”, estabelecendo que a decisão só terá validade *após o julgamento* (ou após seu trânsito em julgado); (iii) “*modulação pro futuro*”, segundo a qual o Tribunal fixa no futuro o dia em que sua decisão será aplicada e eficaz; e (iv) “*restrição material*”, através da qual são excetuadas situações de direito material ou processual que deverão sobreviver mesmo ante a decisão de inconstitucionalidade da lei.¹³⁸

¹³⁵ Cf. Elival da Silva Ramos, *Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 300.

¹³⁶ Assim atesta Humberto Ávila (v. *Segurança Jurídica*, cit., p. 538). Contrariamente, em Portugal, Canotilho e Moreira advertem que já no ano de 1993 o Tribunal Constitucional vinha fazendo amplo uso da técnica de modelação dos efeitos das suas decisões, “*podendo correr-se o risco de a exceção se tornar em regra*” (cit., p. 1043).

¹³⁷ Relembre-se que esses dois julgamentos supracitados (RE 197.917/SP e HC 82.959/SP) cuidaram de *reviravolta de entendimento jurisprudencial* (*overruling*), o que dá mostras de que a técnica de prospecção constitui um instrumento salutar ao implemento da jurisdição, ao permitir a revisão de julgados com a segurança de que a novel orientação não irá surpreender e criar *situações desconcertantes* em relação àqueles que acreditaram na força da jurisprudência da Corte Suprema para pautar suas condutas.

¹³⁸ Neste sentido, a monografia de Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, op. cit., p. 53.

Essas mesmas técnicas que chegaram a ser usadas no Brasil pelo STF para delimitar o plano de eficácia de suas decisões são qualificadas por Humberto Ávila sob um outro prisma terminológico e esmiuçadas à luz dos casos concretos, nestes termos:

(a) *casos de declaração de inconstitucionalidade mitigada*, mediante o qual o Supremo não declara a inconstitucionalidade, mas disciplina uma regra de transição, forma de cumprimento ou um prazo para cumprimento da decisão, a exemplo do que se sucedeu no RE nº 401.953-1 (exclusão de Município da partilha do ISS; no cumprimento da decisão do STF permitiu-se ao Estado do Rio de Janeiro estabelecer um critério paulatino para compensação daquilo que os Municípios beneficiados receberam a mais, para não prejudicar seus sustentáculos financeiros); e

(b) *casos de declaração de incompatibilidade, com a alteração da qualificação jurídica dos atos praticados no passado*, que ficam imunizados da declaração de inconstitucionalidade, com o uso das seguintes subtécnicas:

(b1) *declaração de incompatibilidade com eficácia geral pro-futuro*, a qual ocorre nos casos em que o STF apenas atribui efeitos *ex nunc* à decisão (o julgamento do número excessivo de vereadores, RE 197.971);

(b2) *declaração de incompatibilidade com eficácia geral pro futuro apenas parcial* (ou parcial eficácia retroativa), na qual as situações já consideradas irreversíveis são desde logo preservadas (*e.g.*, o temperamento da reversão da jurisprudência – *overruling* – no citado julgamento da questão relacionada aos crimes hediondos, HC nº 82.959 e da declaração de inconstitucionalidade dos prazos prescricionais tributários de dez anos, RE 560.626);

(b3) *declaração de incompatibilidade com disposição provisória de prolongamento de validade*, *i.e.*, o Tribunal declara a inconstitucionalidade, mas mantém os efeitos da lei inconstitucional, observando um marco futuro a partir de quando tal inconstitucionalidade irá gerar efeitos, para permitir ao legislativo institua nova regra (constitucional) com efeitos retroativos à data da decisão (*e.g.*, nas ADIs nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689, o STF declarou inconstitucional criação de Município sem observância de regramentos próprios, dando prazo para o Legislativo contornar tal defeito, para preservar a segurança jurídica, evitando a extinção do Município, que tivera existência de fato por seis anos); e

(b4) *declaração de incompatibilidade, com disposição definitiva de prolongamento da validade e obrigação de modificação para futuro*, mediante a qual o Tribunal mantém os efeitos produzidos no passado, apesar da inconstitucionalidade declarada, prolongando esses efeitos para um dado período (*futuro*), atribuindo ao Legislativo ainda a incumbência de instituir nova regra (*e.g.*, caso da atuação das Defensorias Públicas na defesa dos servidores processados, oportunidade em que o Supremo, ao julgar o tema em meados do ano de 2004, permitiu a eficácia da norma inconstitucional até dezembro daquele ano, concedendo com isso um prazo razoável para o Poder Legislativo regulamentar novamente a matéria – v. ADI nº 3.022).¹³⁹

Os critérios acima indicados, porém, não se restringem às ações diretas de (in)constitucionalidade, mas são utilizadas também em *juízos incidentais* (i.e., exame de constitucionalidade *incidenter tantum* – v. HC 82.959-7/SP), diante da aptidão das decisões da Suprema Corte de *expandir* seus efeitos além do caso julgado e, portanto, com similar capacidade de vinculação *erga omnes* exercida pelos julgados no controle concentrado. Nesse senso, confere-se *exegese teleológica* ao art. 27 da Lei 9.868/99, porque, como bem afirmou o Ministro Peluso, “se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem por que não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem a ambas, com caráter alternativo e consequências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional”.¹⁴⁰ Pode-se afirmar, portanto, que a admissão da modulação no controle incidental é de certo modo *expressão da tendência de “objetivação” (ou “abstrativização”) do recurso extraordinário*,¹⁴¹ que passa a transcender ao mero interesse das partes, transformando-se em mecanismo processual de controle *abstrato* de constitucionalidade.¹⁴²

¹³⁹ Tudo, como dito, nos termos da análise meticulosa do Prof. Humberto Ávila (*Segurança Jurídica, cit.*, pp. 524-533).

¹⁴⁰ Conforme o voto-vista do Ministro Cezar Peluso no julgamento do RE 197.917/SP, *cit.*.

¹⁴¹ Na Medida Cautelar no RE 376.852, julgado no começo do ano de 2003, o Ministro Gilmar Mendes assim observa sobre a *nova função* do recurso extraordinário: “Esse novo modelo legal traduz um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. *Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa do interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva*. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Peter Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma *dupla função*, subjetiva e objetiva, consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo”.

¹⁴² Sobre o assunto, na doutrina, v. Fredie Didier Jr., “Transformações do Recurso Extraordinário”, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, vol. 10, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2006, pp. 104 e ss.

Outra discussão sobre a aplicação do art. 27 da Lei da ADI concerne à possibilidade de extensão da modulação nele prevista a todas as espécies de julgamentos proferidos pelo STF, e não apenas àqueles que resultem de declaração de *inconstitucionalidade* pura da lei.

Com efeito, em que pese a liberdade que a Suprema Corte se auto-atribui nessa seara, tratando a atividade de manipulação como uma *questão de política judiciária*, por outro lado chegou a sinalizar que tal função somente poderia ser exercida em sede de demanda que implicasse *declaração de inconstitucionalidade* da lei ou ato normativo. Desse modo, em julgado que apreciou matéria tributária, indeferindo pedido de modulação dos efeitos, deduzido pelo contribuinte, levou-se em consideração o *sentido literal* do art. 27 da Lei. 9.968/99, porquanto o “preceito é explícito ao versar a eficácia de decisão constitutiva negativa”, i.e., a sua “incidência pressupõe haja o Tribunal atuado, em um primeiro passo, como *legislador negativo*”, de forma que “reclama declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo”.¹⁴³

Entretanto, essa opinião restritiva não encontrava respaldo tampouco na jurisprudência da própria Suprema Corte, valendo citar que o precedente lavrado por ocasião da reversão da Súmula 394 não constituiu juízo de inconstitucionalidade, mas mesmo assim teve seus efeitos modulados!¹⁴⁴ De toda forma, no julgamento paradigmático alusivo à filiação partidária (MS 26.603-1/DF), o STF voltou a relativizar temporalmente os reflexos da sua decisão a respeito da *interpretação da Constituição*, sem preocupar-se, portanto, com o fato dela não tratar de pura declaração de inconstitucionalidade de lei. *In casu*, o que levou o STF a temperar os efeitos decisórios foi a *virada de jurisprudência* sobre o objeto do *mandamus*, qual seja, a infidelidade partidária como causa da perda do mandato, *in verbis*: “não se trata aqui de aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99, mas de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que permite ao Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica, dar efeitos prospectivos às suas decisões”.¹⁴⁵

¹⁴³ Ver: RE 353.657/PR, consoante o voto do Ministro Marco Aurélio, neste aspecto, acompanhado pelos Ministros Carlos Britto, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. O argumento específico, porém, não impressionou – pelo menos neste caso – os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, que negaram a prospecção dos efeitos *sob outros fundamentos*, calcados na inexistência de possibilidade de alegação de surpresa pelos contribuintes em razão da nova decisão advinda da Corte sobre a questão tributária objeto do recurso. Já o Min. Ricardo Lewandowski deu provimento à questão de ordem para modular os efeitos da decisão.

¹⁴⁴ Referimos ao precedente que revogou a Súmula 394 sobre foro privilegiado, dando nova exegese sobre o tema, mas *mantendo os seus efeitos* do enunciado revogado ao tempo em que ela vigorou (Inq 687, Rel. Min. Sydney Sanches).

¹⁴⁵ MS 26.603-1/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, m.v., j. 04/10/07, www.stf.jus.br.

A despeito dos argumentos utilizados pela Corte – alguns, a exemplo do acima citado, visivelmente pragmáticos –, deve-se entender, como regra, que não apenas os julgamentos de pura inconstitucionalidade de normas, mas igualmente aqueles que ensejarem “interpretação conforme”¹⁴⁶ da lei e da própria Carta estão aptos a integrar a sistemática de modulação orientada pelo art. 27 da Lei 9.868/99. Isto é, as decisões pelas quais a Corte Constitucional age na condição de verdadeiro “legislador positivo”,¹⁴⁷ conferindo o *sentido exato* da exegese da norma, com base nos princípios e ditames constitucionais (*secundum constitutionem*),¹⁴⁸ estão igualmente sujeitas a ter seus efeitos suavizados, para fixar, por exemplo, que tal compreensão sobre o sentido constitucional de determinado texto normativo é passível de aplicação a partir desta ou daquela data, sem efeitos retroativos (ou com efeitos retroativos restringidos). De mais a mais, reforça essa conclusão o fato de que, nas oportunidades nas quais o Supremo edita a súmula vinculante, ele tem por objetivo enunciar preceito sobre a validade, a *interpretação* e a eficácia de normas determinadas (art. 103-A, § 1º, CF), estando devidamente autorizado por lei a *relativizar* os efeitos do enunciado sumular por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º da Lei 11.417/06), comprovando que não só a sentença declaratória de inconstitucionalidade, na qual o STF figura na qualidade de “legislador negativo”, como igualmente as decisões que *mantêm* a lei, no cerne da chamada *interpretação conforme*, são passíveis de sofrer consertos prospectivos.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Nos termos do que observa Canotilho, sobre a técnica de *interpretação conforme*, “no caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a Constituição. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o Tribunal Constitucional (e outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição” (*op. cit.*, p. 843).

¹⁴⁷ O que a Corte Constitucional italiana tem denominado de “decisões manipulativas de efeitos aditivos” (cf. Mendes-Coelho-Branco, *Curso, op. cit.*, p. 1193). A sua natureza “manipulativa” decorre da *transformação* do significado da lei que a interpretação conforme adotada pelo Tribunal exerce (cf. Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 323), e não da manipulação dos seus efeitos no tempo à luz do art. 27 da Lei 9.868/99.

¹⁴⁸ A propósito, para exemplificar, veja-se o julgamento recente que atribuiu ao art. 1.723 do Código Civil *interpretação conforme* a Constituição Federal, a fim de reconhecer a união estável para casais do mesmo sexo (i.e., dar interpretação conforme a CF para excluir qualquer significado no art. 1.723 do CC que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar) - ADI 4.277 e ADPF 132, Corte Especial, Rel. Min. Ayres Britto, v.u., j. 05/05/2011, www.stf.jus.br. Possível haja, no futuro, questionamentos sobre eventuais prejuízos decorrentes de discriminações (ocorridas anteriormente à decisão do Supremo), em razão do direito só agora conquistado pelos homossexuais, de forma que nada impediria que tais situações – e outras – fossem desde logo *salvaguardadas* mediante uma *modulação* dos efeitos da “interpretação conforme”, para evitar novas demandas.

¹⁴⁹ Evidentemente, quando se trata de disciplinar a “interpretação” de um determinado texto legal, a Corte agirá com a *devida cautela*, visando estabelecer de forma objetiva o enunciado da sua posição. Ou seja, por não se tratar de uma simples sentença de “não-inconstitucionalidade” ou de “pura-inconstitucionalidade”, mas de atribuição à lei de uma “exegese”, de rigor que, em nome da certeza do direito, tal solução interpretativa seja absolutamente transparente (cf. Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 343). A *interpretação conforme* é, portanto, uma forma *condicional* de manutenção da validade do texto legal frente aos significados possíveis que dela se extraem conforme a ordem constitucional; por isso, vale frisar, a necessidade de estabelecer na sentença que dada lei só é constitucional apenas sob este ou aquele sentido.

Destarte, nos parece inevitável concluir que, em determinadas circunstâncias, mas principalmente nas vezes em que o STF precisa revisar sua jurisprudência consolidada sobre o conteúdo de certa orientação – e que não implique propriamente declaração de inconstitucionalidade –, ele será instado a debater o *alcance* da *nova interpretação*, para preservar os efeitos passados gerados a partir da antiga jurisprudência por ela disseminada, não apenas para com vistas ao aqui tão-cogitado princípio da segurança jurídica, mas também para permitir a ocorrência sem traumas do salutar fenômeno de *mudação constitucional*. Essa conduta, conforme demonstrado alhures, evitará que o STF se torne escravo de suas anteriores deliberações nas hipóteses em que vislumbrar que elas se encontram intelectualmente superadas.¹⁵⁰

Dentro desse contexto, outra polêmica que avulta diz respeito à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal praticar a chamada *modulação invertida*, consistente na prospecção dos efeitos de uma decisão declaratória (ou confirmatória) de *constitucionalidade*. Isto porque, tal medida poderia resultar em agressão ao *princípio da presunção de constitucionalidade das leis*, na medida em que, uma lei que deveria ter sido obedecida, pois absolutamente em consonância com os ditames da Constituição, acaba por ter sua eficácia relativizada (embora constitucional, não terá surtido efeitos no passado).

A possibilidade da *modulação invertida*, porém, foi reconhecida pelo STF no julgamento da celeuma que envolveu a aplicação ao Poder Legislativo do Distrito Federal dos limites globais de despesas com pessoal previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal; a Corte, embora, de um lado, tenha declarado *constitucional* a regra, por entender válida frente à CF/88 sua extensão ao Distrito Federal (diante da sua organização similar aos dos Estados-Membros), obtemperou, de outro lado, que haveria a necessidade de se fixar *um prazo* para a adaptação do Distrito Federal à decisão de constitucionalidade, porque despesas com pessoal já foram de *boa-fé* realizadas no passado, inclusive com base em decisão do respectivo Tribunal de Contas.¹⁵¹

Como se denota, o STF disciplinou um *prazo futuro* para cumprimento da decisão pelo Distrito Federal, apesar de ter declarado a validade da lei à qual aquele ente não

¹⁵⁰ Em outras palavras: as chamadas “leis interpretativas” (ou que comportem interpretação) serão objeto de aplicação no decorrer do tempo, até que haja seu delineamento definitivo pela jurisprudência da Corte Constitucional. Nesse período de tempo, direitos podem ter sido criados e litígios resolvidos, com base em um entendimento distinto, impondo concluir que *a retroatividade não pode ser absoluta*, para permitir as ponderações de peculiaridades (v., neste sentido, de forma análoga, v. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *op. et. loc. cit.*, p. 228).

¹⁵¹ V. Humberto Ávila, *op. cit.*, pp. 534-535.

queria se sujeitar. Veja-se, então, que aqui se tratou de um caso típico de emolduração da vigência da lei com base em interpretação pretoriana (fenômeno similar ao norte-americano *case of first impression*): havia dúvida sobre a constitucionalidade e atos foram praticados com a convicção de que a norma era ilegal; todavia, posteriormente, o STF referendou a lei contestada e, em razão de especificidades próprias do caso, foi obrigado a enfrentar os efeitos dos atos praticados no passado, com boa-fé, pelo ente federativo, decidindo então pela modulação – o que está a confirmar que o mecanismo da art. 27 da Lei 9.868/99 realmente deve ser aplicado, *teleologicamente*, em casos outros que imponham a reorganização da eficácia decisória, não só no juízo de inconstitucionalidade.

Esta forma (*finalística*) de interpretar o art. 27 da Lei 9.868 nos leva a concluir também ser inaceitável a *restrição* imposta pela jurisprudência do STF no tocante à adoção das fórmulas de manipulação com relação às suas decisões que encerrem *juízo negativo de recepção de lei* em face da nova ordem constitucional, conforme se infere desta decisão: “(...) Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta *formular juízo negativo de recepção*, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional”.¹⁵²

Data vênia, não concordamos com tal orientação, pois tanto a “norma inconstitucional” como a “inconstitucional por vício de não-recepção” podem ter produzido efeitos no mundo jurídico e, a partir daí, tanto uma como outra poderão ter tais efeitos conservados no tempo. Ora, se o Supremo demora em dizer que uma norma anterior que vinha sendo comumente aplicada pela Nação não foi recepcionada pela Constituição, por que não poderia impor efeitos prospectivos para sua decisão, de forma a convalidar a norma não-recepcionada, até para evitar uma lacuna legislativa ? Qual, em termos práticos, a diferença da norma inconstitucional ? Não apenas isso, se o Supremo pode dizer que uma

¹⁵² AgRg no RE 353.508-1, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 15/05/2007, www.stf.jus.br.

nova interpretação da Constituição valerá a partir do julgamento, preservando a interpretação errônea em relação ao passado, por que não poderia, de igual forma, preservar a lei não-recepcionada que se revela, em igual senso, um equívoco à luz da nova ordem constitucional ? Parece-nos, enfim, que essa controvérsia merece uma melhor reflexão da excelsa Corte.

Analizando agora os *aspectos materiais* do art. 27 da Lei 8.686/99, mostra-se relevante observar que a mitigação dos efeitos de um precedente da Suprema Corte tem como fundamento a *matéria de direito* objeto do julgamento de constitucionalidade; as atenções, costumeiramente, são concentradas nas questões *tributárias*¹⁵³ e que, *lato sensu*, envolvam *direito público* (v.g., os problemas relativos ao número dos vereadores da Câmara da cidade paulista de Mira Estrela; fidelidade partidária; provimentos de cargos públicos sem concurso etc.), nos termos dos mais destacados julgados do STF, nos quais houve a necessidade de adaptar as consequências práticas e jurídicas do *decisum*.

Nesses termos, a *lei processual* (i.e., processo administrativo, civil e penal), no momento em que é invalidada (ou mesmo *interpretada*), poderá ser objeto dessa *avaliação criteriosa*, desde que implique problemas à segurança jurídica ou à ordem social. A invalidação de normas processuais (e procedimentais) por vício de inconstitucionalidade, a propósito, abre um campo fertilíssimo para adoção das técnicas de acomodação temporal do juízo de inconstitucionalidade, haja vista a infinidade de *consequências graves* que podem implicar para o jurisdicionado, quase sempre direcionadas ao *desfazimento* dos atos processuais, em prejuízo da segurança jurídica e de tantos outros princípios (v.g., duração razoável do processo), conforme teremos oportunidade de debater em Capítulo específico deste trabalho.

Cumpra agora examinar se há uma *oportunidade procedimental* propícia para o acerto dos efeitos decisórios no STF. Deveras, após uma certa indefinição jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal tem acolhido a tese segundo a qual a modulação é ínsita ao próprio juízo de declaração de (in)constitucionalidade, de forma que

¹⁵³ Isto porque, os tributos pagos em virtude de uma lei inconstitucional, fazem nascer a discussão a respeito da possibilidade de repetição de indébito em razão da dívida fundada na aludida lei (cf. Nery Ferrari, *op. et. loc. cit.*, p. 253). Por exemplo, vide a Súmula Vinculante nº 8 do STF, que declarou a inconstitucionalidade do prazo prescricional de 10 (dez) anos da lei previdenciária, mas obistou a repetição de indébito pelos contribuintes dos tributos prescritos eventualmente recolhidos, por questões de segurança jurídica e ordem social, assim: “São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento” (RE 560.626, Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/06/2008, www.stf.jus.br). Para se ter uma visão geral e crítica da modulação das decisões no direito tributário, v. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, cit., pp. 542 e ss.

independe de requerimento específico da parte, podendo ser cogitada *ex officio*: “presentes as condições necessárias à flexibilização dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o *dever* constitucional de, *independentemente de pedido das partes*, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99”.¹⁵⁴ De forma que, omitindo-se o tribunal sobre a modulação (seja porque não fora antes provocado ou mesmo porque não examinou o tema oficiosamente), *cabem embargos declaratórios*, sobretudo porque o sistema de julgamento é *bifásico*, i.e., primeiro a Corte cuida da matéria constitucional de fundo, passando posteriormente a decidir – e fundamentar – sobre o alcance de seu pronunciamento.¹⁵⁵⁻¹⁵⁶

Poderão ocorrer, entretanto, casos em que a Suprema Corte simplesmente deixará de analisar a possibilidade de adição de eficácia relativizada ao seu *decisum*, à falta de provocação dos participantes do processo ou mesmo de apreciação *ex officio*. Em tais circunstâncias – que, aliás, não são raras –, indaga-se a respeito da possibilidade da modulação ser agregada *posteriormente*, em outros *processos incidentais* que estejam a discutir os impactos do precedente emanado do Supremo.

A questão acima é deveras intrincada. No passado, antes mesmo da edição do art. 27 da Lei 9.868/99, já vimos neste estudo que os problemas oriundos dos reflexos causados pela lei declarada inconstitucional eram enfrentados incidentalmente em demandas ordinárias cujas decisões, por via de Recurso Extraordinário, eram submetidas ao Supremo (v.g., a jurisprudência que se formou sobre os funcionários públicos de fato e acerca da impossibilidade de devolução de vencimentos percebidos ilegítimamente). É certo que, à época, a modulação não era albergada expressamente pelo STF e, por decorrência, o

¹⁵⁴ ED na ADI nº 3.601/DF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09 de setembro de 2010, www.stf.jus.br.

¹⁵⁵ Ainda, v. ED na ADI nº 3.601/DF.

¹⁵⁶ A doutrina que aprofundou na análise jurisprudencial, chegou a criticar as decisões passadas do STF sobre o assunto, anotando que “o STF vem adotando uma *curiosa tendência* quando se depara com o manejo dos embargos de declaração para fins de provocar a manifestação da Corte sobre os efeitos temporais do *decisum*, ausente o requerimento anterior expresso neste sentido: quando entende inconveniente, no plano político, modular os efeitos da decisão, prefere se posicionar pelo não cabimento dos embargos de declaração para esse fim; quando, por outro lado, prefere proceder à modulação, supera a fase de admissibilidade e dá provimento aos embargos” (cf. Bruno Vinícios da Rós Bodart, “Embargos de Declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade”, in *Repro* 198/389, p. 399). Todavia, com o julgamento dos Embargos de Declaração na ADI 2.797, o STF parece definitivamente aceitar o recurso aclaratório como meio para provocar a modulação da decisão, conforme notícia do STF divulgada em maio de 2012: “Em seu voto, acompanhando o ministro Ayres Britto, o ministro Ricardo Lewandowski disse que, para chegar à decisão de hoje [de modulação], a *Suprema Corte teve de evoluir*, de um entendimento anterior, segundo o qual a modulação não poderia ser pedida em recurso de embargos. Segundo aquele entendimento, isso somente seria possível já na petição inicial ou, pelo menos, por ocasião da sustentação oral do autor do pedido. *Entretanto, como assinalou, evoluiu-se por razões de segurança jurídica. Além disso, neste caso, o interesse coletivo sobrepuja amplamente o interesse individual de quem é acusado da prática de crime no exercício de função pública ou mandato coletivo*” (www.stf.jus.br).

silêncio da sua decisão não poderia ser interpretado como uma resposta negativa à modulação, como se poderia argumentar com o sistema atual. Não obstante isso, uma vez visando a técnica sob exame conferir proteção a elevados princípios constitucionais, em especial à segurança jurídica, a interpretação aqui há de ser ampla e generosa, de modo que, na eventual omissão do STF, entendemos que a matéria poderá voltar à tona em uma *nova causa*.¹⁵⁷

Outrossim, conforme pondera a doutrina, em algumas hipóteses é *impossível* que o Supremo Tribunal Federal vislumbre, concreta e antecipadamente, “o preenchimento dos requisitos necessários à comprovação de quaisquer das modalidades de intangibilidade das situações individuais, seja por razões objetivas decorrentes do transcurso do tempo (prescrição, decadência), da consolidação jurídica (direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, fato gerador ocorrido) ou fática de situações (situação consolidada no tempo), seja por razões subjetivas, decorrentes do exercício, concreto e juridicamente orientado, da liberdade e da propriedade (proteção da confiança)”.¹⁵⁸

Evidentemente, em vários processos submetidos ao juízo concentrado de constitucionalidade, o STF não possui condições concretas imediatas de aferir a repercussão de sua decisão *na vida das pessoas* e das situações consolidadas com base na lei anulada; pense-se, por exemplo, na recente declaração de inconstitucionalidade da Lei de Imprensa e dos atos de toda a natureza (processuais, cíveis e criminais) que foram, no passado, erigidos com base nessa lei inconstitucional - que mesmo - assim vigorou por tanto tempo; é certo que se deve abrir espaço aqui para que os resultados da inconstitucionalidade sejam futuramente ponderados em novas causas em vista de circunstâncias extraordinárias não cogitadas no momento da anulação da lei pelo Supremo, seja por mero esquecimento ou por simples impossibilidade material de saber que tal reflexo seria gerado no mundo fenomênico. Daí por que, sendo inviável ao STF conhecer previamente as razões autorizadoras da modulação (e restando ele completamente silente sobre a questão), inarredável a conclusão no sentido de que a problematização do “reajuste” da eficácia do precedente ficará *postergada* para uma outra fase; cumprirá, assim, à parte prejudicada com a decisão, postular em demanda própria a proteção dos seus direitos com fundamento no princípio constitucional da segurança jurídica, cabendo ao

¹⁵⁷ É melhor, portanto, que o STF, pretendendo fazer valer os efeitos retroativos da sua decisão, expresse isto claramente no precedente.

¹⁵⁸ Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 570, que completa: “Ora, a configuração de todos esses casos depende de prova concreta, não podendo, portanto, ser objeto de consideração direta e abstrata no controle concentrado de constitucionalidade” (*idem*, p. 570).

STF dar a última palavra sobre o tema em sede de recurso extraordinário (ou em reclamação, caso passe a admiti-la para *encurtar* a análise da controvérsia).

Seja o que for, sempre que vier decidir a questão da modulação da eficácia de seu *decisum*, o Supremo deve passar a um *debate distinto do mérito*, permitindo, na medida do possível, o contraditório, conquanto considere sua atividade manipulatória uma mera prerrogativa judicial (*a matter of judicial policy*, nos termos referidos pela Suprema Corte norte-americana). Deverá aqui, então, seguir o exemplo do *procedimento* adotado nas Cortes Constitucionais europeias que determinam *a paralisação do processo para ouvir as partes* especificamente a respeito do tema,¹⁵⁹ inclusive porque, como se sabe, o contraditório adicional não fará mal a ninguém, podendo até eventualmente dar ao Tribunal interessantes subsídios para enriquecer o debate instaurado.

Para encerrar essa *overview* do sistema de modulação dos efeitos da decisão na jurisdição constitucional, salientamos que, tanto em sede do controle abstrato, como no controle difuso, a matéria (eficácia do *decisum*) deve ser tratada no âmbito do Pleno do Tribunal (= “reserva de Plenário”), com a observância de um *quorum* especial, qualificado pela maioria mínima de *dois terços* dos seus integrantes¹⁶⁰, regra esta justificada na *excepcionalidade* que representa a ressalva à sanção de *nulidade* dos atos e leis inconstitucionais,¹⁶¹ embora haja precedente do STF orientando que tal formação deixará de ser exigida quando a decisão não atinar a declaração de inconstitucionalidade, na forma do que defendeu o Ministro Celso de Mello no julgamento do MS 26.603/DF, referente ao caso da filiação partidária, argumentando bastarem *seis votos* para praticar o ajustamento temporal da decisão interpretativa.

2.4. Considerações conclusivas parciais.

Com o passar dos anos, a resistência à adoção de um critério relativizado no tocante aos efeitos das decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira no controle de constitucionalidade teve de arrefecer.

¹⁵⁹ V. Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 574, complementando a ideia ao concluir que “é incompatível não apenas com o princípio do contraditório, mas igualmente com o próprio princípio da segurança jurídica, julgar de inopino a modulação dos efeitos, sem que ambas as partes possam sobre esta última, expressa e amplamente, se manifestar” (*cit.*, p. 575).

¹⁶⁰ Mesmo *quorum* exigido para edição da súmula vinculante (v. art. 103-A CF).

¹⁶¹ E quando não há *quorum* suficiente para votar a matéria alusiva à prospecção dos efeitos da decisão, pode-se aguardar sua formação, adiando-se o julgamento, conforme ocorreu no julgamento do supracitado ED na ADI 3.601/DF.

Percebeu-se, inicialmente, que a adoção da doutrina da nulidade (*ex tunc*) das leis inconstitucionais não era apta a enfrentar as situações oriundas dos *efeitos práticos* produzidos pela norma durante o tempo em que ela, mesmo inconstitucional, vigorou. Quer dizer que a nulidade absoluta da decisão de inconstitucionalidade obrigava o enfrentamento de consequências drásticas, expondo a Suprema Corte ao cometimento de *injustiças* que não combinam com a sua relevante missão de guardião da Constituição e da ordem jurídica nacional.

Sob outra perspectiva, a exposição da lei à simples sanção de nulidade obstava a adoção de soluções mais equânimes e inteligentes, a permitir que em hipóteses específicas o STF, à semelhança da grande maioria das Cortes Constitucionais europeias, estabelecesse *restrições temporais* à declaração de inconstitucionalidade, inclusive para, com isso, atuar em paralelo com os Poderes Executivo e Legislativo (v.g., evitando o afastamento daquelas normas “quase-constitucionais” ou disciplinando marcos temporais *pro futuro*, a fim de que o administrador possa adotar medidas emergenciais para lidar com o anunciado vício da inconstitucionalidade – caso das normas “ainda-constitucionais”).

Atentou-se, outrossim, ao fato de que os precedentes proferidos no âmbito do controle de constitucionalidade acabam por transformar a Corte Suprema em uma espécie de “legislador negativo”, pois, ao anular a lei viciada, quase sempre *com efeitos imediatamente vinculantes*, não deixa o STF de participar da formação do ordenamento jurídico. Essa ideia vetusta (porém, plausível), absorvida pelos sistemas jurisdicionais estrangeiros, teve de ser, irremediavelmente, acatada entre nós para fins de admissão de um obtemperamento da decisão totalmente nulificante, seguindo a mesma lógica jurídica que orienta o direito intertemporal na revogação das leis (preservação de situações consolidadas em prestígio da segurança jurídica). À mesma conclusão há de se chegar nas ocasiões em que o STF exerce o papel de “legislador positivo”, emoldurando o entendimento do texto normativo, situação esta que igualmente se põe em conflito com a tradicional sistemática de “eficácia puramente retroperante”: ou seja, em alguns casos excepcionais, o entendimento sobre a lei duvidosa ou constitucionalmente lacunosa deve valer a partir do dia do julgamento da questão pelo STF. Evidentemente, o fato de a grande maioria dos precedentes gerados no controle de constitucionalidade deter eficácia *erga omnes* ou vinculante só está a reforçar essa particular função do Supremo Tribunal na condição de *co-participante* do processo de formação do ordenamento jurídico, a referendar a ponderação de efeitos como técnica de preservação dos reflexos decisórios *ultra-partes*.

Nesse contexto, é igualmente fundada preocupação dos juristas com o problema referente ao *abandono de precedentes (overruling)*, resultado do que se costuma chamar “mutação constitucional”, imposta pelas novas concepções e interpretações da Constituição que se ajustam no tempo¹⁶². Era preciso, pois, atribuir ao Supremo Tribunal Federal *mecanismos hábeis* para facultar a (re)adequação do seu pensamento acerca de exegeses jurídicas, exercendo a salutar prática da *revisão jurisprudencial* (essência de um Estado de Direito com vestes democráticas) sem o risco de afetar a *ordem* social, política e econômica, decorrente da *confiança* legitimamente depositada no precedente revogado. Ou seja, a técnica de ajustamento da eficácia decisória permite graduar progressivamente a efetividade da Constituição *sem o preço de uma comoção nacional*.¹⁶³

Sendo assim, em boa hora o art. 27 da Lei 9.868/99 veio emoldurar o sistema de controle de constitucionalidade, admitindo de forma expressa a flexibilização dos efeitos dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, com vistas a garantir a segurança jurídica e o interesse social da forma mais ampla possível. Apresenta-se, pois, na qualidade de um instrumento de *ajustamento* prévio da ordem político-social-econômica, permitindo que o STF exerça sua elevada função jurisdicional livre das pressões inerentes aos impactos altamente repercutivos de suas decisões no país.

Tais inferências não dispensam ressaltar, finalmente, que a tradicional teoria da nulidade absoluta dos atos inconstitucionais continua a prevalecer fortemente no direito brasileiro, para garantia da coerência com o princípio da supremacia da Constituição. Para poder manipular a eficácia dos seus precedentes, o Supremo Tribunal Federal está rigorosamente obrigado a *dar os motivos* detalhados dessa sua opção excepcional, amparado em um *criteroso* juízo de proporcionalidade, resultado de uma delicada ponderação entre os princípios constitucionais em jogo (“supremacia da Constituição” *versus* “segurança jurídica e interesse social”). O balizamento da eficácia dos precedentes, destarte, *não é resultado de uma pura discricionariedade* do Tribunal, muito embora nos parece inevitável concluir, os *conceitos abertos* de “segurança jurídica” e “interesse social” confirmam à Corte Constitucional *um certo grau criativo* e um *viés político* na apreciação da matéria, ínsito à sua natureza institucional.

¹⁶² Com a expressão *a living Constitution* o direito norte-americano procura retratar a necessidade de uma *interpretação dinâmica* da Constituição em virtude dos seus sentidos que se alteram na medida em que a sociedade e o homem também mudam. Ou seja, trata-se de interpretar a Carta e vivenciá-la conforme as visões contemporâneas do seu texto.

¹⁶³ Eduardo García de Enterría, *op. et loc. cit.* p. 14.

Os resultados positivos até agora colhidos com a prática de modulação adotada pelo STF demonstram a necessidade de alargamento do âmbito de sua aplicação, abarcando também a *jurisdição infraconstitucional*. É o que veremos nos Capítulos seguintes.

3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES NA JURISDIÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.

3.1. Introdução.

A jurisdição *infraconstitucional* não está livre dos mesmos problemas enfrentados pelas Cortes Constitucionais no tocante aos reflexos decisórios oriundos do exercício do *controle de legalidade* de uma norma. Daí por que, a exemplo do que ocorre no controle de constitucionalidade, é preciso predispor (ou saber se já estão predispostos) aos demais tribunais superiores instrumentos aptos à modulação dos impactos naturalmente retroativos (i.e., *expansivos* às situações pendentes de resolução) de suas principais decisões (precedentes e/ou jurisprudência), com vistas a salvaguardar a ordem social e a segurança jurídica.

Sem dúvida, a preocupação com os *efeitos práticos* causados pelos precedentes judiciais na ordem jurídica mostra-se igualmente justificada no tocante ao exercício da jurisdição pelas cortes superiores, às quais se entrega a incumbência de pacificação da interpretação das *leis federais* (ou normas não-constitucionais), como é o caso, no Brasil, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, em menor escala, do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho (TST).¹⁶⁴ As deliberações destes tribunais estão situadas em elevado patamar *institucional*, o que lhes atribui uma indiscutível abrangência nacional, a ensejar reflexos *além* dos próprios casos concretos que costumam julgar.

Sendo assim, é de curial importância devam ser essas mesmas premissas que autorizam o STF a restringir o alcance de suas decisões *estendidas* aos demais tribunais de superposição, porque a diferença está apenas *no conteúdo* da matéria de direito examinada e, em alguns casos, no *espectro* da repercussão das decisões (às vezes, um pouco menos influente), conforme veremos nas razões subsequentes.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Sobre os problemas da retroatividade da jurisprudência no direito do trabalho e no âmbito das decisões sumulares do TST, v. interessante estudo do Prof. Estêvão Mallet, “A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?”, *in Repro 133/67*, escrito em meados de 2006.

¹⁶⁵ De resto, é nosso dever destacar que o reconhecimento dos fundamentos que estão a dar *substrato jurídico* para a modulação também na esfera *infraconstitucional* mostra-se indispensável para a verificação da *aptidão constitucional* do art. 882 do Projeto do Novo CPC (cf. a Emenda nº 1 do Substitutivo ao Projeto do Senado), que visa instituir o uso da técnica na específica hipótese de *virada jurisprudencial*, sem prejuízo de, com tal análise, buscar-se elementos para que tal dispositivo receba uma *interpretação extensiva*, albergando outras hipóteses de modulação, a exemplo daquela que resulta no juízo de ilegalidade praticado pelos tribunais superiores (e que não resultem de uma reviravolta jurisprudencial).

3.2. Direito estrangeiro.

3.2.1. Modelos europeus da *civil law*.

Ao passo que os precedentes das principais Cortes Constitucionais estrangeiras da *civil law* podem ser moldados para obstar seu efeito retroativo, no âmbito da jurisdição infraconstitucional exercida pelas Cortes de Cassação a técnica da modulação é registrada apenas em casos isolados, embora haja uma *forte tendência de ampliação*.

A primeira constatação que surge da análise do sistema empregado na *civil law* concerne a uma equivocada associação entre a possibilidade de adequação dos efeitos das decisões com seus efeitos vinculantes, fazendo pensar que somente a “jurisprudência como lei” seria capaz de receber tal tratamento diferenciado. Todavia, conforme dissemos, a nitidamente a doutrina está *em evolução* nos sistemas codificados, a partir da percepção de que os precedentes que detêm uma “capacidade expansiva”, embora não imediatamente impositivos, também devem ter sua eficácia circunstancialmente adaptada e, diante disso, os sistemas jurídicos codificados têm albergado algumas *exceções*, até porque o problema da retroatividade do precedente é impossível de ser ignorado.¹⁶⁶

Na Espanha, as decisões do Tribunal Supremo, que funciona como Corte de última instância da jurisdição ordinária (similar, portanto, ao nosso STJ), responsável pelo exame dos recursos especiais (*casación*), a maioria deles tratando de interpretação de lei federal, não possuem eficácia diretamente vinculante, ao contrário do que ocorre com as decisões da sua Corte Constitucional. Entretanto, a força dos julgados do Tribunal Supremo tem aumentado com o passar dos anos, de forma que seus precedentes são “*praticamente vinculantes*”, diante das alternativas predispostas para a cassação da decisão desconforme com a orientação da Corte superior – embora, conforme anota a doutrina, os juízes espanhóis de primeira instância, por tradição, não costumem desobedecer as orientações do seu órgão de cúpula, no tocante à matéria infraconstitucional.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Conforme ressaltou Bustamante, “apesar de hoje a técnica do *prospective overruling* ser uma prática considerada ‘inovadora’ fora dos Estados Unidos, os problemas gerados pela retroatividade das decisões derogatórias de precedentes judiciais tendem a se repetir em praticamente todos os sistemas jurídicos contemporâneos” (*Teoria do Precedente Judicial*, op. cit., p. 415).

¹⁶⁷ Alfonso Ruiz Miguel e Francisco J. Laporta, “Precedent in Spain”, in *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham, Ashgate Publishing Company, 1997, p. 271.

Daí surge a preocupação com a *eficácia temporal* do precedente, principalmente no *overruling*, tendo em vista que a função de interpretar e aplicar as leis considera as realidades sociais à data do julgamento, impondo a revisão dos entendimentos na medida em que essas realidades se transformam. É dizer que, se esses acórdãos são “praticamente vinculantes”, estão aptos a ensejar *justas expectativas* e, assim, frustrar a segurança jurídica daqueles que neles confiaram, na hipótese de revisão da orientação pretoriana. Apesar desse problema, sabe-se que o Tribunal Supremo da Espanha *não tem feito uso da jurisprudência prospectiva* na condição de técnica processual de ajustamento da eficácia de suas decisões, as quais têm valor para o caso julgado e para os futuros processos.

A doutrina, todavia, observa que no chamado *recurso de cassação no interesse da lei*, interposto a partir de decisões de instâncias inferiores que possam causar *prejuízo ao interesse público*, o julgamento da Suprema Corte terá o condão de formar jurisprudência acerca das questões legalmente discutidas e resolvidas no caso concreto, *deixando intacto* o teor do acórdão recorrido no tocante aos seus efeitos *inter-partes*. Por isso, tem-se entendido que, nesta cassação específica, o precedente surgido a partir do método de recorrer no benefício da lei terá um genuíno *efeito prospectivo*¹⁶⁸ ou, no mínimo, *relativizado*, como de fato parece ser verdade a partir do estudo de recurso similar adotado no processo civil italiano (v. abaixo).

Igualmente na Itália, as decisões uniformes da Corte de Cassação (à qual se atribui, em última e especial instância, o controle de legalidade das normas infraconstitucionais), notadamente por não deterem particular “força persuasiva” (não vinculam), geram reflexos somente para o caso concreto no âmbito do qual foram tomadas, embora não se ponha em dúvida que tais julgados, de outro lado, deflagrem uma *força expansiva* que naturalmente serve de orientação ao julgamento de processos judiciais pendentes e futuros. Inclusive nos casos de possível revisão dos precedentes consolidados, circunstância obviamente não ignorada na jurisdição italiana, as Cortes de Apelação e de Cassação não têm o costume de modular os efeitos da sua (nova) jurisprudência.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Cf., ainda, Alfonso Ruiz Miguel e Francisco J. Laporta, “Precedent in Spain”, in *Interpreting Precedents*, pp. 285-286. Sobre a eficácia dos precedentes na Espanha, com a anotação de que o “*recuso en el interés de la ley*” importa em vinculação do órgão *a quo*, ver o estudo de Heitor Vitor Mendonça Sica, “Direito Processual Civil Espanhol”, in *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, Lex, 2010, pp. 108-109.

¹⁶⁹ Cf. Michele Taruffo e Massimo La Torre, “Precedents in Italy”, in *Interpreting Precedents*, *op. cit.*, pp. 154 e 178-180. E, conforme releva Cruz e Tucci, também na Itália há uma tendência crescente de se dar maior eficácia e respeito aos precedentes da Corte de Cassação (*op. cit.*, p. 254).

Entretanto, o Código de Processo Civil italiano (art. 363, cf. redação atribuída pela Reforma de 2006) prevê o fenômeno chamado “enunciação de um princípio de direito” (regra que substituiu o “recurso no interesse da lei” - *ricorso nell’interesse della legge*), que admite, nas hipóteses nas quais a parte não tiver interposto recurso de cassação ou houver a ele renunciado, a apresentação pelo Procurador Geral de um fundamentado requerimento para que a Corte de Cassação *enuncie o princípio de direito* que, no interesse da lei, entende correto com relação ao tema julgado em segundo grau. Ademais, o artigo 363 em questão permite também que a Corte de Cassação *enuncie (ex officio)* o preceito de direito que entende correto aplicar ao caso *sub judice* se o recurso de cassação interposto por qualquer das partes for inadmissível, desde que a questão de direito tratada seja de *particular importância*. A característica marcante desse instituto, porém, é que este julgamento da Corte de Cassação (tanto a pedido do Procurador, como *ex officio*) somente serve de *guia jurisprudencial* (precedente), não afetando o caso julgado em si, que continuará a ser ditado pelo acórdão de segundo grau, mesmo que este esteja juridicamente equivocado (inclusive para respeitar a coisa julgada e o princípio dispositivo, quando nenhuma das partes interpõe recurso sobre seus direitos disponíveis).

Desse modo, a técnica prevista no atual art. 363 do CPC italiano, segundo anota autorizada doutrina, é uma comprovação da *função* “nomofilática” atribuída à Corte de Cassação, cujas decisões devem guiar uniformemente os tribunais subalternos, e, em particular, representa a manifestação de que o direito de cassação é atribuído também ao Estado, em razão de um *interesse público* na exatidão de interpretação da lei. Ao mesmo tempo, esse recurso visa a impedir que a sentença impugnada (supostamente equivocada) seja convertida em um *precedente*, causando reflexos além da decisão entre partes. Por isso, ressalva a parte final do art. 363 do *Codice di Procedura Civile*, a característica marcante deste instituto está concentrada no fato de que a reforma da sentença *não produz efeitos entre as partes* do processo: a cassação, na hipótese, deixará intacta a decisão anterior (mesmo juridicamente equivocada) como “ato eficaz entre partes”. Trata-se sem dúvida de um exemplo claríssimo de decisão proferida pela Corte de Cassação com a finalidade de apenas e tão-somente fixar uma *orientação geral* a respeito da interpretação de uma lei (evitando que a sentença equivocada repercuta negativamente), mas que não produz *efeitos* entre as partes do próprio processo (que continuarão a se beneficiar do *decisum* mesmo tendo sido ele reformado).¹⁷⁰

¹⁷⁰ Cf. Federico Carpi e Michele Taruffo, *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, Padova: Cedam, 2002, p. 363 (obs.: os comentários referem-se à parte do artigo que não foi alterada com a reforma de 2006). Sobre o tema, destacando que a regra visa ressaltar a *função nomofilática* da Corte de Cassação, v. Giuseppe Tarzia, *Lineamenti del Processo Civile di Cognizione*, 4ª ed., Milão: Giuffrè, 2009, p. 457. Michele Taruffo também observa que a reforma recente do procedimento de Cassação teve como objetivo fortalecer a

Portanto, *pelo menos nesta hipótese específica*, o sistema italiano convive com a possibilidade de um precedente superior ter *efeitos futuros, com limitações subjetivas*, já que não alcança os próprios demandantes,¹⁷¹ técnica que se aproxima das medidas adotadas com vistas à *prospecção* dos efeitos a partir da proteção – de todas ou de algumas – situações consolidadas no passado¹⁷² e, de mais a mais, dá amplo destaque à repercussão *extra autos* dos julgados da Corte de Cassação.

No sistema jurisdicional da Alemanha, a vinculação dos precedentes dos seus Tribunais – ao oposto do que ocorre com sua Corte Constitucional – se dá também apenas “*de fato*” ou “*indiretamente*”. Os estudiosos, porém, não deixam de destacar a preocupação acerca dos sinais externos advindos da jurisprudência não-vinculante (ou apenas “praticamente” obrigatória) no momento em que as Cortes se colocam a praticar a sua revisão (*overruling*). Neste sentido, há notícia de que a Corte Federal do Trabalho (BAG), no ano de 1981, alterou entendimento jurisprudencial, ressaltando o fato de que ele somente seria aplicado *para o futuro*.¹⁷³ Do mesmo modo, a doutrina observa que a Corte Federal de Justiça limitou o efeito de um julgamento que significou o abandono da sua antiga orientação judicial para proteger a eficácia de contratos celebrados durante a vigência do *case law* anterior, relativizando a regra geral da retroatividade.¹⁷⁴

Na França, defende-se que os pronunciamentos da Corte de Cassação, à qual se atribui a competência de interpretação *da lei* em âmbito nacional, têm, tradicionalmente,¹⁷⁵

função nomofilática da Corte, ao prever que ela pode pronunciar “princípios de direito” no interesse da lei. Porém, Taruffo critica a fórmula, salientando que a Corte de Cassação não estaria apta com isso a exercer a função de “corte do precedente”, diante da inexistência de filtros para que esses princípios sejam ditados por ela em inúmeros casos concretos, sem seleções prévias. Para Taruffo, essa regra acaba por piorar a situação da Corte de Cassação italiana em relação à atual, já que ela pronunciará agora uma quantidade inverossímil de princípios de direito em uma jurisprudência sempre mais aluvial e, por isso, sempre menos coerente e respeitável (“Precedente e Jurisprudência”, in *Repro 199/139*, p. 154).

¹⁷¹ Dispõe a parte final do art. 363 que “la pronuncia della Corte *non ha effetto* sul provvedimento del giudice di merito”.

¹⁷² Como explica Cândido Dinamarco sobre o tema, limitando o Código italiano os efeitos da decisão, ao dizer que *apenas a fundamentação* da decisão inferior será cassada, mas não o seu dispositivo, objetiva evitar uma exegese socialmente inconveniente sem reflexos às partes do processo. De onde o Professor retira substrato para sua tese defendida em seu artigo referente à possibilidade de o STJ modular suas decisões, assim: “é precisamente isto que estou a sustentar: que, vindo o Superior Tribunal de Justiça a fixar uma tese jurídica discrepante daquela que vinha prevalecendo há tanto tempo, o dispositivo do acórdão recorrido não fique atingido, permanecendo pois o vencedor como vencedor e o vencido, como vencido. Depois, superado o período de transição de que fala a doutrina acima referida, os fundamentos da rejeição da tese até agora vigente passarão a valer como regra concreta, autorizando-se o julgamento de novas causas com sua aplicação em cada caso” (cf. Dinamarco, “Modulação dos Efeitos”, *op. et. loc. cit.*, pp. 68-69).

¹⁷³ Robert Alexy e Ralf Dreier, “Precedent in the Federal Republic of Germany”, in *Interpreting Precedents*, *op. cit.*, pp. 57-58.

¹⁷⁴ Cf. Thomas Bustamante, *op. cit.*, p. 436.

¹⁷⁵ José Rogério Cruz e Tucci observa haver uma exceção com relação à vinculação dos precedentes na França, já que as decisões da *Assemblée Plénière* da Corte de Cassação vinculam todos os demais tribunais no julgamento de casos análogos (*Precedente Judicial como Fonte de Direito*, *op. cit.*, p. 251).

eficácia vinculante “de fato”, resultante do sistema de hierarquia jurisdicional, i.e., embora não exista nenhuma lei disciplinando a força obrigatória dos precedentes oriundos do recurso de cassação, subentende-se devam ser seguidos pelos juízes de grau inferior, porque objetivamente suas decisões serão reformadas se assim não procederem. Acresce que, conquanto o art. 5^a do Código Civil Francês *proíba* expressamente que o juiz delibere com base em leis elaboradas por ele próprio (i.e., veda-se o *ativismo judicial*), a verdade é que a doutrina não tem se descurado da temática “precedente como fonte de direito”, lembrando, v.g., que o Conselho de Estado (tribunal administrativo) tem produzido a maioria das regras de direito na área de sua atuação, pois as normas por ele interpretadas são restritas ou, quando não, dependentes de codificação. Não obstante, tratando-se de atribuir *efeitos prospectivos à jurisprudência*, os tribunais seguem à risca o princípio do *sistema da separação de poderes*, bastante arraigado no direito francês,¹⁷⁶ situação esta que não impede constatar, porém, uma certa *evolução* na Corte de Cassação sobre o assunto, diante das luzes doutrinárias e, principalmente, dos casos concretos que são cotidianamente enfrentados, de sorte que a admissão do *prospecting overruling* na seara infraconstitucional da jurisdição francesa parece ser uma questão de tempo.¹⁷⁷

A Suíça, no entanto, parece ser uma *exceção* na experiência judicial europeia no que diz respeito à reorganização da eficácia das decisões na seara infraconstitucional, ainda que especificamente no tocante à questão da *revisão* dos precedentes. Conforme noticia Nelson Nery Junior, a Constituição do país é expressa ao disciplinar a vinculação do Judiciário *em geral* à sua jurisprudência anterior, máxime em relação aos atos praticados pelos jurisdicionados com base na confiança (boa-fé) que depositaram em certo entendimento passado. A irretroatividade do novo precedente, na hipótese de ocorrência de *overruling*, apresenta-se na condição de um *direito fundamental do cidadão*, inclusive no atinente à matéria de *direito processual*.¹⁷⁸

Por seu turno e dentro da seara de sua competência, os tribunais supranacionais da Comunidade Europeia não colocam óbices para excepcionar a regra e, assim, proceder ao ajustamento dos reflexos de suas decisões, motivados pela *indiscutível repercussão* (i.e.,

¹⁷⁶ Cf. Michel Troper e Christophe Grzegorzczk, “Precedente in France”, in *Interpreting Precedents*, op. cit., pp. 118-119 e 133-134.

¹⁷⁷ Thomas Bustamante, em seu recente estudo sobre a *Teoria dos Precedentes*, publicado em 2012, relata que “na *Cour de Cassation*, embora recentemente esteja em crescimento o número de demandas pela concessão de efeitos prospectivos a certos *revirements de jurisprudence*, ainda não há decisão aplicando uma técnica semelhante, muito embora o argumento da segurança jurídica já tenha sido levado em consideração pelo Tribunal. (...) Apesar desse entendimento restritivo, que se repete em outros julgados mais recentes, alguns autores veem uma tendência da Corte de Cassação de admitir um instrumento parecido com o *prospective overruling*, confirmada por manifestações da própria Corte” (op. cit., p. 447).

¹⁷⁸ “Boa-fé objetiva e segurança jurídica”, op. et loc. cit., p. 98.

força expansiva) dos seus julgamentos nos vários Estados-Membros. De fato, no final dos anos 70, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Corte Europeia de Direitos Humanos, reconhecidamente *tribunais paraconstitucionais*, foram instados a adotar as técnicas de modulação, com o intuito de regular os reflexos (danosos) de duas importantes decisões.

O Tribunal Europeu cuidou do princípio da igualdade de retribuições entre trabalhadores masculinos e femininos para um mesmo emprego, concluindo que desde o ano de 1964 tal equiparação era devida pelas empresas estatais dos Estados-Membros. Todavia, no julgamento dessa celeuma, iniciada a partir da reclamação de uma trabalhadora de companhia aérea estatal (Sra. Defrenne), o Tribunal obtemperou o fato de que os Estados e suas empresas não vinham cumprindo tal dever de equiparação, de modo que a declaração da eficácia dessa regra (de equiparação) desde o ano de 1964, como era de direito pela exegese coerente do Tratado da Comunidade Europeia, ensejaria uma *catástrofe econômica* para muitas empresas, que seriam obrigadas a revisar retroativamente todos os custos e seus balanços aprovados, colocando-as sob *risco de falência*. Portanto, embora tenha a Corte *ressalvado* que as consequências práticas de uma sentença não podem prejudicar a *objetividade do direito* e comprometer as conclusões futuras do Tribunal, no caso concreto decidiu, *excepcionalmente*, que *circunstâncias especiais* levaram os Estados-Membros a fazer uma interpretação errônea da aplicação da lei em discussão, de modo que, diante da ignorância em nível global de que as retribuições deveriam ter sido estabelecidas já no passado, por implicações de *segurança jurídica*, que se referem aos interesses em jogo, tanto públicos como privados, deveria ser imposta a paridade das retribuições *apenas a partir da data da sua decisão*, tratando-se de um exemplo de uma típica jurisprudência prospectiva (*pro-futuro*) resultado do entendimento de uma norma legal lacunosa.¹⁷⁹

No mesmo sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu de forma prospectiva com relação à questão que envolvia o reconhecimento de *direito de igualdade de filhos extraconjugais*, previsto no Convênio Europeu de Liberdades e Direitos Humanos, mas que vinha sendo descumprido pela Bélgica graças a um dispositivo contido no seu Código Civil. Argumentou o Governo belga que tal equiparação ora aludida, com efeitos retroativos, ensejaria a *revisão* de um grande número de heranças já liquidadas durante largos anos anteriores. Diante dessas alegações, a Corte Europeia reconheceu que

¹⁷⁹ Cf. Enterría, *op. cit.*, p. 06/07. O caso “Defrenne” é também mencionado como exemplo de limitação de efeitos de precedente por John J. Barceló (“Precedent in European Community Law”, in *Interpreting Precedents*, *op. cit.*, p. 432).

as consequências práticas de todas as decisões deveriam ser sopesadas com cuidado, embora igualmente excetuando o fato de tais repercussões não poderem servir por si sós para implicar a resolução do Tribunal para regular as situações passadas em desacordo com o Direito. Dessa forma, o Tribunal, invocando o princípio da segurança jurídica, que reputou inerente ao Direito do Convênio Europeu de Direitos Humanos, dispensou o Estado da Bélgica de colocar em questão atos pretéritos ou prejudicar situações jurídicas consolidadas em razão da decisão tomada.¹⁸⁰

É interessante ponderar, para fechar essa análise, que as decisões proferidas por esses tribunais supranacionais, em especial, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (responsável pela decisão do processo “Defrenne”), produzem meros *efeitos persuasivos*¹⁸¹ (embora sejam “especialmente persuasivos”, dada a competência da Corte e sua relevância no cenário Europeu), a demonstrar que a técnica aqui estudada *independe* da força obrigatória (vinculação imediata) da decisão cujos consectários são reajustados. Note-se, igualmente, que as situações acima cogitadas pelos citados Tribunais supranacionais trataram da *primeira interpretação* conferida pela Corte a uma dada norma legal, não se cogitando de reviravolta jurisprudencial, a comprovar o *campo extenso* para adoção da técnica aqui examinada, desde que motivos especiais estejam presentes para autorizá-la.¹⁸²

3.2.2. Na *common law*: EUA e Inglaterra.

As proposições acima, fundadas no direito comparado europeu, já bastariam para confirmar a tese no senso de que a adoção da modulação dos efeitos das decisões nos sistemas codificados é uma alternativa razoável para contornar fatos excepcionais, resultantes dos prejuízos causados pelos precedentes na ordem social, máxime aqueles manifestados pelas mais altas Cortes responsáveis pela consolidação da interpretação das leis ordinárias.

¹⁸⁰ Ainda conforme o relato de Eduardo García de Enterría, *op. et. loc. cit.*, pp. 07/08.

¹⁸¹ Neste sentido, v. John J. Barceló, “Precedent in European Community Law”, in *Interpreting Precedents*, *op. cit.*, p. 415.

¹⁸² A propósito, a doutrina que comentou os precedentes acima citados e de outros tantos enfrentados pelas Cortes Comunitárias Europeias (*e.g.*, o caso “Rodgers”, no qual a modulação foi negada e o caso “Barber”, concedida), ressalta que a diversidade de sistemas jurídicos, línguas e culturas que vivem sob império de tais Cortes confere a elas uma característica marcada por um *pluralismo metodológico* e um *pragmatismo* na análise das soluções jurídicas, feição esta que certamente as motivou a fazer uso da modulação diante de relevantes aspectos administrativos, jurídicos e financeiros (v. Bustamante, *op. cit.*, pp. 440-442).

Sem embargo, é preciso registrar que a doutrina que se pôs a debater o assunto chega tem enfatizado a *importância cada vez maior da influência dos precedentes*,¹⁸³ sobretudo das Cortes de Cassação estrangeiras, em razão da “aproximação” dos sistemas codificados com o *stare decisis*¹⁸⁴ da *common law*,¹⁸⁵ o que está a reforçar os elementos de convicção que amparam a técnica de manipulação dos efeitos dos precedentes, em virtude da influência destes, maior ou menor, sobre direitos conquistados ou na “confiança legítima” depositada sobre a jurisprudência antiga que veio a ser revista por força de indispensáveis atualizações interpretativas.

De fato, nos países que adotam o sistema da *common law*, conforme é de conhecimento elementar, os precedentes são considerados *fonte de direito* (= *judge made law*), razão pela qual os juízes acabam por aplicar as decisões das Cortes de Apelação para pronunciar-se sobre os casos concretos a eles submetidos, nas mais diversas áreas, v.g.: contratos, direito de propriedade e responsabilidade civil. Essa força vinculante dos precedentes judiciais é uma regra que advém da tradição da *common law*, tanto é que, por exemplo, no Estado de Nova Iorque, inexistia qualquer lei regulando (para impor ou proibir) o uso da jurisprudência de forma obrigatória. Em verdade, a técnica de imposição das decisões das Cortes de Apelação, no Estado de Nova Iorque, advém de seus inúmeros pronunciamentos a esse respeito, de forma que *são os precedentes que impõem que os precedentes sejam seguidos*, o que comprova a afeição desse sistema aos resultados das *interpretações judiciais*.¹⁸⁶

¹⁸³ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico mostra que na reforma do recurso de cassação italiano, em 2006, é possível notar a importância atribuída à jurisprudência pelo próprio legislador, a partir da nova redação do art. 363 do Código de Processo Civil, que passou a admitir que, em razão de um determinado julgamento, do qual as partes não tenham recorrido ou do qual não caiba recurso de cassação, mas que envolva uma situação de particular importância, o Procurador Geral perante a Corte de Cassação provoque a manifestação desta sobre o tema (“Direito Processual Civil Italiano”, *op. et. loc. cit.*, p. 278).

¹⁸⁴ Segundo a doutrina, o *stare decisis* é o princípio através do qual as Cortes estão obrigadas a seguir as decisões anteriores proferidas sobre o mesmo caso legal e onde se discuta a mesma interpretação de uma determinada lei. O sistema é parte da experiência norte-americana antes mesmo da revolução americana no final do século 18, quando as Cortes americanas seguiam as decisões advindas da *common law* inglesa, especialmente decisões sobre contratos, responsabilidade civil, propriedades, heranças e testamentos (cf. Robert Summers, “Precedent in the United States – New York State”, in *Interpreting Precedents*, *op. cit.*, p. 355).

¹⁸⁵ No Brasil, v., dentre tantos, o artigo de Lívio Goellner Goron (“A Jurisprudência como Fonte de Direito: a experiência Anglo-Americana”, in RDCI 47/284) e Teresa Arruda Alvim Wambier (“Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”, in Repro 172/121).

¹⁸⁶ Cf. Robert Summers, *op. et. loc. cit.*, pp. 369 e 371. José Rogério Cruz e Tucci também mostra que “o *common law* não tem base legislativa. Os juízes o criam, mediante aplicação, aos casos concretos, de decisões anteriores, proferidas em casos similares (precedentes)” (“Direito Processual Estadunidense”, in *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, Lex, 2010, p. 177).

Por conseguinte, na tradição dos países que se embasam na *common law*, razões de ordem prática (*estabilidade e certeza das relações jurídicas*) sempre induziram à aceitação do precedente e à função do juiz como de *criador da lei*. Por isso, nos Estados Unidos da América, as Cortes de Apelação estão autorizadas a deliberar que determinados precedentes *não retroagem*, especialmente quando são obrigados a mudar a jurisprudência, praticando o que a doutrina denomina *prospective overruling*. Entende-se, nesse sentido, que a aplicação retroativa de um novo pronunciamento judicial oriundo de um processo de revisão malferre substancialmente a confiança legítima (*reliance*) depositada na decisão revogada, resultando, ademais, em violação do princípio da isonomia, por tratar partes iguais de forma distinta. Daí por que as Cortes fazem uso do ajustamento da eficácia da sua decisão: o novo entendimento será aplicado apenas *depois* da sua edição ou publicação, a permitir que a jurisprudência antiga permaneça eficaz e continue a ser adotada em face das relações jurídicas passadas.¹⁸⁷

Bem se vê, muito embora seja usual que a regra do precedente afete as relações jurídicas como um todo, com eficácia retroativa, as Cortes de Nova Iorque – e em geral todas as demais dos EUA – têm o poder de revisar *prospectivamente* sua jurisprudência, observadas as seguintes premissas: (a) quando a decisão posterior estabelecer um *novo princípio legal*, seja por reformar uma jurisprudência na qual os litigantes possam ter depositado sua confiança ou mesmo por *decidir uma questão que não fora antes suficientemente esclarecida*; (b) nos casos nos quais os méritos e deméritos de cada caso precisam ser sopesados através da análise histórica da regra em disputa, seus objetivos e efeitos, e a aplicação retroativa irá prejudicar ainda mais a aplicação da lei; (c) na aplicação retroativa de decisão que possa *causar o risco* de produzir resultados substancialmente não-equitativos.¹⁸⁸

A esse propósito, deve-se esclarecer que a técnica consubstanciada no “prospective overruling” não se restringe às situações típicas de virada de jurisprudência, mas servem igualmente à modulação das decisões que *criam uma nova regra* (*first impression cases*), que até então não estava consolidada em um claro precedente judicial. Esta a razão pela qual a doutrina estrangeira adverte que o “*non-retroactive judicial law making*” seria uma expressão mais acurada para definir a teoria que alberga a possibilidade de mitigação de efeitos decisórios no sistema da *common law*.¹⁸⁹ Em suma, a faculdade de as Cortes de Apelação aplicarem seus precedentes prospectivamente não se resume àquelas hipóteses de

¹⁸⁷ Ainda: v. Summers, *op. cit.*, pp. 397-398.

¹⁸⁸ Cf. Robert Summers, *op. cit.*, p. 398.

¹⁸⁹ Cf. Ben Juratowitch, *Retroactivity and the Common Law*, Portland, Hart Publishing, 2008, p. 199.

revisão de jurisprudência, mas vai além e permite que determinadas sentenças possam ser concebidas para irradiar seus efeitos *pro-futuro*.¹⁹⁰

Luiz Guilherme Marinoni, estudioso do tema no Brasil, também esclarece que as Cortes de Apelação infraconstitucionais americanas possuem, de fato, ampla autonomia para deliberar a respeito dos *reflexos temporais* de suas decisões, com a adoção das mais variadas técnicas (v.g., *prospective overruling*; *pure prospective overruling* etc.), apesar dos *riscos inerentes* relacionados a essa atividade (i.e., infringência do princípio da igualdade e surgimento de “resultados inconsistentes”). Marinoni ilustra mencionando “*Molitor vs. Kaneland*”, no qual “a Corte de Illinois revogou o precedente da ‘imunidade municipal’, responsabilizando o Município pelos danos sofridos por Thomas Molitor em acidente de ônibus escolar. Nesta hipótese, decidiu-se que a nova regra não seria aplicada a casos anteriores, exceto o de Thomas – o caso sob julgamento. Contudo, mais tarde a Corte percebeu que teria de aplicar a nova regra a outras sete crianças – três delas irmãos de Thomas –, que também estavam no ônibus que se acidentara, em virtude de ter reconhecido que todas as crianças que viajavam no ônibus deveriam ser tratadas de igual forma. Por sua vez, (...) a Corte de Minnesota revogou o precedente que conferia imunidade às unidades municipais, como cidades e distritos estudantis, recusando-se a aplicar a nova regra ao caso sob julgamento e declarando que os seus efeitos deveriam ficar contidos até o final da próxima legislatura de Minnesota”.¹⁹¹

No direito inglês, entretanto, a aplicação de uma teoria que pudesse relativizar os reflexos declaratórios dos precedentes sofre intensa resistência, sendo certo que apenas recentemente (em 2005) debateu-se a respeito do *prospective overruling*, por ocasião do julgamento do caso “National Westminster Bank” v. “Spectrum Plus Ltd. and others”, no âmbito do qual a *House of Lords* concluiu pela ausência de elementos para modular seu *decisum*.¹⁹² Em verdade, os debates estão cada vez mais acirrados em torno desse tema, valendo citar a enfática declaração de um dos magistrados da *House of Lords*, segundo o qual a teoria que defende que o juiz em sua decisão apenas *declara* o direito, impondo sua aplicação sempre retroativa, é um *conto de fadas*, porque os juízes fazem as leis e as modificam, notadamente no sistema da *common law*.¹⁹³

¹⁹⁰ Todavia, a doutrina da prospecção dos efeitos decisórios, inclusive por motivos históricos, tem maior amplitude nas hipóteses radicais de mudança de orientação da jurisprudência, ante a incidência do *princípio da segurança jurídica* (isto é, a confiança legítima – *reliance* – depositada na tese jurisprudencial revogada), muitíssimo caro ao direito norte-americano.

¹⁹¹ “Eficácia Temporal da revogação da jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores”, in RT 906/255, p. 259.

¹⁹² Cf. Bustamante, *op. cit.*, pp. 424-431.

¹⁹³ *Apud* Bustamante, *op. cit.*, p. 424.

Resta observar, finalmente, que a prática de rever os próprios precedentes é expressamente *proibida* aos tribunais comuns ingleses, de modo que, pretendendo uma Corte de Apelação inglesa revogar sua jurisprudência, deverá encaminhar o processo para a corte superior (*House of Lords*, substituída pela *Supreme Court*, após a reforma de 2009).¹⁹⁴ Haverá, então, um “salto de instância” (*leap-frog appeal*), cabendo à Suprema Corte inglesa decidir a questão controvertida e, conforme as circunstâncias, admitir ou não o ajustamento temporal da nova regra.

3.3. No Brasil: a orientação da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

No Brasil, onde prepondera o sistema codificado, é natural que jurisprudência dos tribunais não seja, tradicionalmente, reconhecida típica *fonte de direito*, obstando a aplicação de técnicas que a tenham como tal ou que reconheçam sua marcante influência no ordenamento jurídico. Outrossim, a carência de um regramento expressamente impositivo de vinculação para as decisões judiciais, notadamente das cortes superiores (STJ, TSE e TST), atenuam sua “força normativa” e, por via de consequência, os problemas alusivos ao *direito intemporal* são deixados em segundo plano, tanto é que o legislador reservou o uso da modulação ao Supremo Tribunal Federal - STF, nos termos dos arts. 27, da Lei 9.868/99, 11 da Lei 9.882/99 e 4º da Lei 11.417/06.¹⁹⁵

Influenciado por tais restrições, o Superior Tribunal de Justiça tem se recusado a relativizar os efeitos de suas decisões, reafirmando que o direito por ele *declarado* deve ser adotado para todos os casos pendentes (i.e., passados, presentes e futuros), inclusive na hipótese de virada jurisprudencial.

A controvérsia foi apreciada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Divergência nº 738.689/PR, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, no qual se assentou que “*salvo as hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.869/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade*

¹⁹⁴ Ainda, cf. Bustamante, *op. cit.*, pp. 425-426.

¹⁹⁵ Todavia, na *jurisdição administrativa* é terminantemente proibida a retroatividade de entendimentos emitidos pela Administração, no julgamento dos casos concretos a ela submetidos, consoante o inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal): “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. De igual modo, o art. 100, inc. III, do Código Tributário Nacional, impedindo eficácia retroativa aos entendimentos fazendários sobre pagamento de tributos.

*legislativa, promover a ‘modulação temporal’ das suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados”.*¹⁹⁶

Conforme se infere desse *leading case*, a Seção foi provocada para dirimir questão tributária de repercussão nacional, referente ao crédito-prêmio do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), resultado da evolução jurisprudencial da Corte sobre o tema. Diante disso, em voto-vista proferido no curso do julgamento, o Ministro Herman Benjamin propôs fossem atribuídos à nova decisão os chamados efeitos prospectivos a partir da data em que houve a *sinalização* da alteração da posição da Corte.

Com efeito, no fundamentado voto do Ministro Benjamin defendeu-se que nos casos de mutação da orientação jurisprudencial o tema da *segurança jurídica* se sobrepõe, máxime diante das chamadas “*expectativas do jurisdicionado*” criadas em função da jurisprudência anteriormente consolidada. Ressaltou-se, destarte, que “a jurisprudência dos Tribunais Superiores distingue-se daquela produzida pelos demais órgãos judicantes, notadamente porque, em decorrência da estrutura judiciária brasileira, forma-se irresistivelmente uma compreensível expectativa, por parte dos jurisdicionados, de que as decisões do STJ, p. ex., referentes à interpretação da legislação federal, não sofrerão mudanças sazonais, tão comuns nos sistemas de múltiplas instâncias de julgamento”. E prossegue o Ministro Herman Benjamin, observando que “se é dever do Judiciário traduzir da melhor forma possível a aplicação da legislação, sem preocupação com o *status* dos precedentes afetados, também compete-lhe evitar que o jurisdicionado, por conta de uma *instabilidade causada pelo próprio Judiciário*, venha a ser condenado à incerteza, tanto mais quando as idas-e-vindas jurisprudenciais afetem não interesses de uns poucos ou de dezenas, mas de centenas ou mesmo de milhares de sujeitos”, de forma que “é missão do STJ buscar *mecanismos de mitigação dos prejuízos que a alteração abrupta de entendimento venha a causar*”.

A tese defendida no referido voto-vista apoia-se na premissa de que o precedente judicial, mesmo no Brasil, é “uma forma de produção de normas jurídicas, ou se assim não for, pelo menos de *compreensões normativas* que moldam os comportamentos jurídicos das pessoas”; a função judicial encerra um *jus dicere* e se o juiz disse mal durante tantos anos, seria injusto punir aqueles que acreditavam na orientação jurisdicional. Com isso, o Ministro Benjamin alude ao que denomina “*sombra de juridicidade*”, isto é, aquelas

¹⁹⁶ Embargos de Divergência no REsp 738.689/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, m.v., j. 27/06/07, DJ 22/10/2007, www.stj.jus.br.

situações acobertadas pelo manto da juridicidade, resultado de interpretações não resultantes da lei, mas de outras *fontes do direito* (no caso, da jurisprudência antiga do STJ), a exigir o ajustamento dos reflexos decisórios na hipótese de *overruling*, inclusive com vistas a preservar os mesmos princípios que orientam a *ratio legis* do art. 27 da Lei 9.868/99. Dessa forma, propôs o Ministro *delimitar no tempo e em relação a certos contribuintes* a eficácia do novo precedente do Tribunal a respeito da matéria de direito controvertida.

Todavia, a proposta foi *rejeitada* com fulcro no voto do Ministro Teori Zavascki, segundo o qual a questão jurídica debatida na Corte atinava a prorrogação de benefícios fiscais, em razão da interpretação de arcabouço legislativo (se houve ou não revogação do benefício do crédito-prêmio do IPI), que, em seu ver, proibiria a prática de modulação, porquanto esta é admitida apenas em casos de declaração de *inconstitucionalidade* ou *ilegalidade* (i.e., nas ocasiões em que o tribunal exerce as funções de “legislador-negativo”). Ademais, considerou-se no voto do Ministro Zavascki que a manipulação das decisões na seara infraconstitucional deveria respeitar o quórum de 2/3 (dois terços) dos membros do Tribunal, a exemplo do que ocorre no Supremo Tribunal Federal, por imposição do art. 27 da Lei 9.868/99.¹⁹⁷ E prossegue: “a nós, juízes, cabe exercer o papel

¹⁹⁷ Confira-se os trechos do voto do Ministro Teori Zavascki: “Não há como negar, por outro lado, que a proposta tem alcance muito maior do que o da modulação autorizada por lei ao STF, quando declara a inconstitucionalidade de um preceito normativo. O que aqui se propõe é, nada mais nada menos, do que a prorrogação de vigência de preceitos normativos reconhecidamente revogados. O papel de legislador positivo que tal iniciativa jurisdicional representaria não pode escapar à mais elementar análise. Ademais, a modulação dos efeitos das decisões do STF, quando autorizadas, é apenas à que diz respeito a normas declaradas inconstitucionais e limita-se aos efeitos de natureza exclusivamente temporal. Aqui, ao contrário, pretende-se modular os efeitos de decisões judiciais, não sobre a inconstitucionalidade de norma, mas sobre a sua revogação, e não apenas em seus aspectos temporais (= eficácia prospectiva às normas revogadas), mas também em seus aspectos subjetivos (= para beneficiar alguns contribuintes, não a todos) e em seus aspectos materiais (= para abranger apenas alguns atos e negócios, e não a todos). Mais marcadamente ainda se manifesta aqui o caráter evidentemente normativo (= legislativo) da proposta de modulação. Ainda que se pudesse superar também esses relevantes empecilhos, parece intuitivo e inevitável que tão ousada proposta de modulação não poderia dispensar os requisitos estabelecidos pela lei à mais alta Corte do País. Para poder modular suas decisões, em limites até menos extensos, o legislador submete o STF à reserva de plenário e à votação favorável por *quorum* especialíssimo de 2/3 dos seus membros. (...) Lembro outrossim que, conforme notícia advinda do STF, aquela Corte, na sessão do dia 25 passado, rejeitou, por dez votos a um, proposta para atribuir efeitos *ex nunc* a decisão que, alterando jurisprudência de quase uma década, considerou incabível o creditamento de IPI em certas operações (RE 353.657-5, relator Min. Marco Aurélio). Segundo se depreende do voto dado a público, embora sem revisão definitiva, do Ministro relator, entre as principais razões que impediram a modulação temporal foi justamente a de que tal iniciativa ‘pressupõe sempre e sempre, pronunciamento no sentido da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo’ (em que o Judiciário atua como legislador negativo). Fora tal caso, a modulação significaria ‘atuação do Supremo como se fosse legislador e pudesse empreender, sem a atuação do Congresso Nacional, na ordem jurídica, dispositivo viabilizador da limitação da eficácia do julgado, pouco importando a existência pretérita de lei dispondo em certo sentido’. Modulação desse jaez representaria, segundo o Ministro relator, ‘não a preservação da segurança jurídica, não o agasalho de excepcional interesse social, mas desordem desenfreada, ficando os contribuintes e os cidadãos em geral estimulados aos questionamentos em juízo para, anos após, obterem, quem sabe, a justiça salomônica, com resultado econômico-financeiro distanciado, a mais não poder, dos ditames constitucionais e que, em última análise, será suportado por toda a sociedade’. A mesma compreensão há de ser adotada, com sobradas razões, na hipótese em exame”.

que nos cabe, de juízes, julgando a causa segundo a Constituição e o direito vigente. É nosso dever zelar por essa competência constitucional de julgar, repelindo indevidas tentativas de interferências externas em nosso ofício. Todavia, com a mesma veemência com que defendemos essas prerrogativas de juízes, devemos igualmente resistir à tentação de assumir o papel dos demais Poderes, os quais, no exercício da competência que lhes é atribuída pela Constituição, certamente saberão definir e promover todas as medidas administrativas ou legislativas necessárias para preservar os interesses maiores da Nação, inclusive no que se refere ao tratamento fiscal do setor exportador”.

Outras duas manifestações dos Ministros da 1ª Seção sobre a controvérsia merecem ainda destaque. O Ministro Luiz Fux considerou que a proposta restritiva da força do *decisum* do STJ importaria a modificação do sistema processual como um todo, sem contar que representaria uma *contraditio in terminis*, pelo fato de se afirmar que parte nunca teve o direito, mas mesmo assim garantir o direito que ela nunca teve em virtude dos efeitos *ex nunc* impostos ao novel precedente. A técnica, argumentou o Ministro Fux, equivaleria à infração do sistema de tripartição de Poderes, equiparando o Judiciário (STJ) ao legislador. Haveria, por acréscimo, o risco de violação do princípio da isonomia, por tratar de forma diversa alguns grupos de pessoas, *v.g.*, aquelas que se comportaram adequadamente recolhendo o tributo, sem ajuizar pedido de repetição de indébito. Por sua vez, o voto-vencido do Ministro João Otávio de Noronha – que acompanhava, portanto, a tese do Ministro Benjamin – deu ênfase aos casos de reviravolta impostos pelo STJ, para concluir que “o efeito prospectivo e a modulação do julgamento têm o condão, exatamente, de permitir a uma Corte Superior *transcender* o interesse individual e fazer prevalecer a própria credibilidade do Poder Judiciário”.

Por ocasião de outro julgamento, o Ministro Herman Benjamin voltou a debater o tema, com o fito de afastar as objeções colocadas pelo Ministro Zavaski à sua teoria de modulação, no âmbito da discussão do crédito-prêmio do IPI. Não obstante, a réplica manteve-se no campo de considerações incidentais, diante do julgamento majoritário outrora proferido pela Primeira Seção no citado EDiv 738.689, cuja orientação respeitou.¹⁹⁸

Resta ver, finalmente, que é também restritiva a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca *da possibilidade de os tribunais de segundo grau adotarem a*

¹⁹⁸ REsp. 654.446/AL, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/12/2007, www.stj.jus.br.

regra do art. 27 da Lei 9.868/99, observando ser o mecanismo de modulação de *uso exclusivo do STF*, logo, não extensivo aos demais Pretórios.¹⁹⁹

3.4. Modulação das decisões na jurisdição infraconstitucional: fundamentos à sua admissão e oportunidade.

Sem embargo do posicionamento adotado pela 1ª Seção acima descrito, entendemos que a questão acerca da possibilidade de o STJ obtemperar os impactos externos de determinados precedentes merece uma *melhor reflexão*, sob uma perspectiva moderna e absolutamente realista – e, por que não, *pragmática*.

Com efeito, não se pode descurar da *especial função* atribuída à jurisprudência, notadamente aquela advinda dos órgãos judiciários de cúpula, a qual, em dias de massiva produção de leis ordinárias, ganha especiais contornos diante do fato de que suas decisões não deixam de ser vistas a título de *complemento* da atividade legiferante, participando do processo de *criação do direito*. A reflexão sobre o assunto, destarte, é absolutamente relevante do ponto de vista jurídico, pois esse direito novo – tal como a lei – a rigor não pode retroceder prejudicando o *ato jurídico perfeito* e, de modo geral, a *segurança jurídica*, máxime em razão da grande *repercussão* das decisões desses tribunais de superposição.

O tratamento da matéria deve-se dar também à luz da *alteração jurisprudencial*, pois, à semelhança do que ocorre com a Constituição, as Leis Ordinárias não estão livres do fenômeno evolutivo, a impor sua *pós-compreensão* a partir de alterações sociais, políticas e econômicas – um processo de “*mutação infraconstitucional*”, importada a expressão tão-usada pelos constitucionalistas. Esse fato jurídico implicará a adoção de juízos de retratação e, por conseguinte, poderá ensejar a reversão de entendimentos solidificados (*overruling*), nos quais os jurisdicionados depositaram uma *confiança legítima*, de modo que a implementação do sistema de reajustamento dos efeitos decisórios será a única solução cabível (e juridicamente segura), embora *excepcional*, para contornar os reflexos danosos à segurança jurídica, à ordem social e aos demais princípios que *proporcionalmente* se imponham sobre a retroatividade do entendimento judicial.

¹⁹⁹ Assim, no julgamento do Recurso Especial 1.184.895-MG, o STJ reformou decisão do TRF da 1ª Região que havia manipulado efeitos de sua decisão em um caso concreto, à vista de uma guinada jurisprudencial a respeito da inclusão do ICMS na base de cálculo de tributo, assentando que “*esta Corte tem refutado a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 por órgão diverso do Supremo Tribunal Federal*”, sob pena de usurpação da atividade legislativa (v. REsp 1.184.895/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 27/04/2010, www.stj.jus.br, com a menção a vários outros precedentes do STJ no mesmo rumo).

São estes os fundamentos centrais que estão a sustentar a tese no sentido de que os precedentes do STJ estão aptos a ter seus reflexos modulados e que serão esmiuçados na sequência.

3.4.1. Jurisprudência e fonte de direito.

A doutrina clássica que se formou sobre *as fontes do direito* nos países que adotam a *civil law* sempre se orientou no sentido de que “a lei surge como fonte direta e imediata do direito, seguindo-se-lhe, tão somente, com caráter mediato e direto, o costume, embora certas legislações também admitam como fontes os princípios gerais do direito. *Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir-se*, nem mesmo com caráter supletivo. A equidade se exclui, porque não é um direito, e, sim, um atributo do direito. *E também se exclui a jurisprudência*, isto é, a *autoritas rerum similiter judicatarum*, porque, por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovações legislativas, como também pode fazer ciência jurídica”.²⁰⁰

Essa vetusta concepção sobre o tema, que não vê na jurisprudência a qualidade de típica *fonte de direito*, parte do pressuposto de que o juiz, no desenvolvimento da sua função interpretativa, não pode inovar e exercer, portanto, atividade criadora do direito.²⁰¹ Ou, consoante ilustra a visão também clássica de Ruggiero, “o juiz não tem outra faculdade que não seja aquela de aplicar as leis existentes e não de as modificar, por lhe parecerem antiquadas ou não idôneas para regular determinada relação ou, muito menos, a de as criar”.²⁰²

Em profundo estudo sobre o tema, o Professor José Rogério Cruz e Tucci observa que, de fato, ao contrário do que ocorre na *common law*, nos sistemas ditos “codificados” sempre predominou a orientação tradicional segundo a qual a jurisprudência não goza de força vinculante (i.e., com a aptidão de instar de forma direta e verticalmente os demais órgãos à obediência do precedente), possuindo apenas *eficácia “persuasiva”*. Daí o motivo pela qual “as decisões judiciais não são fonte de produção do direito, mas apenas

²⁰⁰ Assim observa Vicente Ráo (*O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo, RT, 1999, p. 270), embora, como se verá adiante, Ráo admita à jurisprudência uma *influência maior*.

²⁰¹ Ainda conforme a narrativa de Vicente Ráo, *op. cit.*, p. 270.

²⁰² *Instituições de Direito Civil*, atualizado por Paulo Roberto Benasse, tradução da 6ª edição italiana, por Paolo Capitanio, vol. 1, 1ª ed., Campinas, Bookseller, 1999, p. 118. Na doutrina processual, defendendo que a jurisprudência não é fonte de direito, v. Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 84.

uma ‘fonte de conhecimento’ do conteúdo normativo da lei, e que, portanto, não se impõem ao juiz”. Assim, continua Cruz e Tucci explicando a tradicional convicção sobre a função do precedente (da qual, aliás, o doutrinador não compartilha), que a jurisprudência “na verdade, nas hipóteses de dúvida, presta-se a auxiliar o julgador no processo hermenêutico em busca da correta determinação do cânone legal aplicável ao caso concreto”, apresentando-se, destarte, “com uma particular carga de persuasão pelo simples fato de constituir indício de uma solução racional e socialmente adequada”.²⁰³

Sendo assim, as decisões dos tribunais, no ver da doutrina mais ortodoxa, constituem apenas um modo de entendimento da norma, mas sem a aptidão de poder gerar, por exemplo, *expectativas legítimas* sobre determinada condição jurídica (a ensejar a proteção da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito etc.), que só são advindas da *lei* (fonte direta e primária) e das demais fontes *mediatas* (ou secundárias) de direito, tal como reconhecidas pelos juristas. Igualmente por isso, a jurisprudência, sob tal concepção, teria apenas uma *função declaratória daquilo que a lei já é ou deve ser*,²⁰⁴ o que afasta a possibilidade de se conjecturar em relação aos precedentes judiciais uma teoria de direito intertemporal (decorrente do caráter *constitutivo* da jurisprudência, representativa de fonte criadora do direito), ao oposto do que ocorre com as leis.²⁰⁵

²⁰³ *Precedente Judicial como Fonte de Direito*, São Paulo, RT, 2004, p. 13..

²⁰⁴ Como manifesta Liebman, “o pronunciamento do juiz consiste exclusivamente em tornar explícito, manifesto e concreto aquilo que já estava contido na formulação do preceito legislativo” (cf. Enrico Tullio Liebman, “A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei”, trad. Teses Celina Arruda Alvim Pinto, in *Repro* nº 43/57, p. 58). Norberto Bobbio, tratando da história do Poder Judiciário como fonte de direito, explica que no processo de formação do Estado Moderno, o juiz perde a posição que anteriormente detinha de fonte principal de produção do direito, para se transformar num órgão estatal, subordinado ao Poder Legislativo e, por conseguinte, encarregado apenas de aplicar fiel e mecanicamente as normas estabelecidas por este último. Isso, revela Bobbio, *decorre da origem histórica do sistema de separação de poderes* conjecturado especialmente por Motesquieu, do silogismo de Beccaria e da escola da exegese de Moulton, que deságuam no positivismo jurídico, segundo o qual o juiz não pode com uma sentença ab-rogar a lei. De forma que conclui Norberto Bobbio: “o Poder Judiciário, portanto, não é uma fonte principal (ou fonte de qualificação) do direito”, ressaltando, adiante, que “isto não exclui, entretanto, que o juiz seja em qualquer caso uma fonte subordinada, mais precisamente uma fonte delegada, (...) quando ele pronuncia um juízo de equidade” (v. *O Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 171).

²⁰⁵ Estevão Mallet também relembra que essa doutrina que recusa ver na jurisprudência um poder criativo está amparada no fato de que ela “representaria apenas a consolidação do entendimento firmado nos tribunais, não inovando a ordem jurídica nem surpreendendo os que são por ela atingidos” (v. “A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?”, in *Repro* 133/67, p. 68), depois de notar, com razão, que de certo modo essa ideia advém da colocação de Montesquieu, segundo o qual o juiz é simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*). Com essa teoria restritiva da força dos julgados, certamente, é inviável conjecturar sobre a relativização dos seus efeitos e argumentar com base no ato jurídico perfeito, no direito adquirido e na coisa julgada, relata Mallet, que é adepto à posição em sentido contrário (op. cit., p. 68). Identicamente, também lembrando que a concepção clássica é no sentido de que a ordem jurídica só pode ser inovada pela lei, como manifestação da vontade geral popular, emanada do Legislativo, v. Caio Márcio Gutterres Taranto, *Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 57.

Não obstante, é preciso ver que, na realidade, a doutrina nunca divergiu a respeito da *imensa dificuldade de se traçar uma teoria precisa sobre as “fontes do direito”, “circundada pela árdua questão de saber o que constitui o direito como direito”,*²⁰⁶ o que envolve a análise *de cada sistema no específico*, sem prejuízo de tantas outras digressões jus-filosóficas sobre tal intrincada questão jurídica, que permanece ainda obscura.²⁰⁷

E, de fato, sob o ponto de vista de uma outra corrente doutrinária, “fonte de direito” pode significar, de modo geral, *o texto em que se funda o Direito ou os elementos subsidiários que possam formular ou esclarecer.*²⁰⁸ Já a ciência jurídica tradicional designa fontes formais de produção do direito *“os modos pelos quais o direito se manifesta, ou seja, as formas de expressão do direito”,*²⁰⁹ de modo que “todo ordenamento jurídico, enquanto sistema de normas, encerra uma estrutura tanto quanto possível harmônica. *Elementos normativos e não-normativos devem guardar intrínseca relação entre si.* E, por essa razão, o direito positivo, sob a ótica dinâmica, vem disposto segundo regras de coordenação que visam conferir estrutura ao ordenamento”.²¹⁰

Disso resulta que, inegavelmente, *o grau de relevância hierárquica das fontes está subsumida à importância que o sistema específico lhe confere*²¹¹, inferência esta que justifica o fato de a “jurisprudência”, fonte primária de direito nos Estados anglo-americanos, não ter sido alçada a tanto na tradição da *civil law*. Por decorrência, a doutrina moderna vem reconsiderando a temática ora debatida e verificou que “o estudo das fontes do direito está voltado, primordialmente, para o exame dos fatos enquanto *enunciações* que fazem nascer regras jurídicas introdutoras [da norma]”,²¹² comprovando haver uma *evolução constante* sobre a abrangência da expressão “fonte de direito”.

²⁰⁶ Tucci, *op. cit.*, p. 21. Reforçando tal conclusão, Caio Márcio Gutterres Taranto também revela que a própria “teoria dos precedentes” é matéria muito longe de um consenso doutrinário (*op. cit.*, p. 10).

²⁰⁷ Veja-se ainda por Norberto Bobbio, segundo o qual o problema das fontes de direito é um dos pontos fundamentais da doutrina jurisdutivista, guardando extrema interdependência com o ordenamento jurídico eleito (*op. cit.*, p. 161). Sobre as *inapropriadas teses* acerca de uma teoria normativa dos precedentes judiciais, diante das discussões sobre o que é “fonte de direito”, v. estudo alentado de Thomas Bustamante, Professor da Universidade Federal de Minas Gerais (*op. cit.*, pp. 290 e ss.). De igual modo, Cândido Dinamarco revela que sempre foi “ambíguo” o significado de fonte de direito, diante do fato de que, tradicionalmente, o termo é empregado para designar os modos como o direito se expressa, ou seja, os modos de expressão do direito (*Instituições*, vol. I, *cit.*, p. 73). Dinamarco então sugere diferenciar *fontes formais* das *substanciais* do direito; as *fontes substanciais* levam em consideração os entes que as produzem, por ex., o Estado, a sociedade, os grupos, os indivíduos e os entes intermediários institucionalizadores; as *fontes formais* seriam o modo de expressão do direito, que não se confundem com suas fontes substanciais (os entes produtores) – v., ainda, *Instituições*, *op. cit.*, p. 73;

²⁰⁸ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, vol. II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 312.

²⁰⁹ Tucci, *op. cit.*, p. 20.

²¹⁰ Cruz e Tucci, *op. cit.*, pp. 20-21.

²¹¹ Ainda: Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 21.

²¹² Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Direito Tributário, Linguagem e Método*, 2ª edição, São Paulo, Noeses, 2008, pp. 392 e 393.

A propósito dessa evolução em face da difícil conceituação de “fonte de direito”, é conveniente lembrar, por exemplo, que na *teoria tridimensional do direito* concebida por Miguel Reale, *a jurisprudência é aceita como fonte jurídica*, pois, ensina o preclaro jurista, “se uma regra é, no fundo, sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte do Direito*, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto”.²¹³ E, adiante, arremata: “O magistrado, em suma, interpreta uma norma legal situado numa ‘estrutura de poder’, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma norma particular, o seu entendimento da lei. Numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a da teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como fontes assessórias ou secundárias”.²¹⁴

Consequentemente, embora de um lado não se desconheça a importância do detalhamento do conceito e abrangência de “fonte de direito” para saber se a jurisprudência infraconstitucional nela está incluída – de onde poderíamos extrair ilações sobre sua eficácia no tempo –, por outro lado as constantes hesitações históricas da doutrina sobre o tema nos permitem optar aqui por um exame voltado a uma análise objetiva (talvez um pouco *pragmática*²¹⁵) do sistema hoje adotado no país, a fim de se conhecer a *exata função dos precedentes* emanados dos nossos tribunais – cada qual com um grau de vinculação –, sempre com vistas a defender a tese que propugna pela modulação de seus efeitos, inclusive no âmbito da jurisdição *infraconstitucional*. É o que tentaremos expor a seguir, a começar pela caracterização do precedente como *elemento constitutivo-criativo* do direito.

²¹³ *Lições Preliminares de Direito*, op. cit., p. 169.

²¹⁴ Miguel Reale, *idem ibidem*, p. 169.

²¹⁵ Segundo a doutrina, os argumentos utilizados pela jurisprudência da *common law* para admitir a prospecção dos efeitos das sentenças, embora razoáveis, possuem alto grau de *pragmatismo* (cf. Eduardo García de Enterría, “Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, in RDP 92/5, p. 13). Mauro Cappelletti, de igual modo, observa que foram as “*exigências práticas*” que induziram os países europeus a atenuar a doutrina da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade (v. *O Controle Judicial*, op. cit., p. 122). Confirmando que a técnica da prospecção da jurisprudência resulta de uma *análise prática do sistema*, Thomas Bustamante salienta que, nos EUA, “o rigor da teoria da Suprema Corte sobre a nulidade *ipso iure*, necessariamente com efeitos *ex tunc*, foi, porém, gradualmente substituído por um *pragmatismo* que dominou o cenário do Constitucionalismo norte-americano do século XX e fundamentou, sobre o edifício do *Realismo Jurídico*, a tese de que o Judiciário tem amplos poderes para determinar o momento a partir do qual devem surtir efeitos as decisões ad-rogoratórias do *case law*” (*Teoria do Precedente Judicial*, cit., p. 416). Não nos eximimos, portanto, de adotar, ao lado dos argumentos jurídicos, observações de ordem prática para defender, no Brasil, a modulação dos efeitos na jurisdição infraconstitucional.

3.4.2. Jurisprudência e processo de criação do direito.

A análise da função da jurisprudência – ou de interpretação judicial das leis – colocada em termos de *premissa* para indicar sua participação no processo criador do direito, impõe de plano recordar, a partir das lições da doutrina clássica de Karl Larenz, que o exercício de interpretar resulta da inevitável problematização dos textos jurídicos, pois, do modo como são redigidos, em língua corrente e numa linguagem especializada a eles inerentes, apresentam uma *margem de variabilidade de significação* que torna possível a identificação de *várias inteleccções*.²¹⁶ A dificuldade de entendimento da legislação advém, portanto, da *diversidade da linguagem*, da “profusão de tais cambiantes [de significação] que se estriba a riqueza expressiva de cada situação”, razão pela qual seria um “erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem particularmente ‘obscuros’, ‘pouco claros’ ou ‘contraditórios’; pelo contrário, em princípio *todos* os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação”.²¹⁷

A atividade de interpretar, que se propõe primeiro à doutrina, e, finalmente, aos juízes, é destarte *exercitável em face de todos os textos legais*, sem exceção, embora tal função seja especialmente mais relevante nos casos de manifesto defeito da norma. Desse modo, o intérprete-juiz tem à sua frente *diversos significados possíveis de termos e sequência de palavras e expressões*, pondo-se a indagar qual o seu significado “correto”. Ao assim proceder, fazendo uso de “circunstâncias hermeneuticamente relevantes” para alcançar a melhor expressão da lei, elege motivadamente a interpretação que dentre tantas lhe parece mais correta.²¹⁸ A partir dessa concepção sobre hermenêutica, nota-se que a jurisprudência cumpre a tarefa de “escolher” o melhor sentido, valendo-se, conforme referido, de regras interpretativas, traduzindo a norma *tal como ela deve ser aplicada*, de onde se extrai nitidamente a vertente *inovadora* do direito a partir da atividade judicial decisória.²¹⁹

²¹⁶ *Metodologia da Ciência do Direito*, op. cit., p. 283.

²¹⁷ Larenz, op. cit., p. 283-284.

²¹⁸ V., ainda, Larenz, cit., p. 283.

²¹⁹ Estêvão Mallet, argumentando com a doutrina inglesa, segundo a qual “quando a decisão foi dada, a lei não é mais precisamente o que ela foi antes”, defende a capacidade de a jurisprudência inovar o direito posto, ao lembrar que “*mesmo na mais simples e limitada interpretação de normas pré-existentes há sim – e inevitavelmente – atividade criativa*” (op. cit., p. 70). Prossegue o Professor de Direito do Trabalho da USP salientando, com amparo em Pontes de Miranda, que “*‘não há duvidar da ação criadora (ou pelo menos reveladora) do juiz: ele não subsume apenas, também pronuncia julgamentos de valor’*. Por isso mesmo é que não há como separar – ao menos não em termos absolutos – *interpretação e criação de direito. São atividades que sempre ‘se co-implicam e se integram’*” (op. cit., p. 71). Seguem a mesma linha os doutrinadores que mais recentemente têm examinado a questão, na defesa de que a jurisdição não é apenas ato de aplicação de uma norma geral ao caso concreto, mas sim consubstancia, ao mesmo tempo, “um ato de criação” (v. Caio Márcio Gutterres Taranto, op. cit., p. 59).

De fato, consoante revela Maria Helena Diniz, ao discorrer sobre o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual o juiz na aplicação da lei atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, regra clássica que orienta o *processo de hermenêutica judicial* no Brasil, ao Poder Judiciário está reservada a responsabilidade de “adequar o direito”, nas hipóteses de omissão legislativa ou quando for necessária a adaptação da norma à realidade fática-social, motivo pelo qual “o magistrado deverá determinar o direito que há de valer no caso *sub judice*, devendo para tanto apurar a existência da norma, determinando seu sentido”.²²⁰ A função de interpretar a lei atribuída ao magistrado não tem como propósito o entendimento do seu “sentido imediato”, mas sim de *indagar o que exatamente o texto encerra*, de modo a desenvolvê-lo em todas as suas direções possíveis, para descobrir-se seu “*real conteúdo*”.²²¹ E em razão dessas inferências, arremata a jurista sem nenhuma hesitação que “*a função jurisdicional*, quer ela seja de ‘subsunção’ do fato à norma, quer seja de ‘integração’ de lacuna normativa, ontológica ou axiológica, *não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão nitidamente ‘criadora’ da norma individual*, uma vez que os juízes despendem, se for necessário, os tesouros da engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência objetiva, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites da sua jurisdição”.²²²

Em senso análogo, no seu primoroso estudo sobre o tema referente à criatividade judicial, escrito no início dos anos oitenta, Mauro Cappelletti revela que *a produção do direito por obra dos juízes* não representa nenhuma novidade, pois, por mais precisas que sejam as leis, elas “sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas via judiciária”.²²³ Prossegue o jurista italiano observando que, em verdade, a criação das leis por decisões nunca foi o principal problema a ser enfrentado pela doutrina, pois o que se revela preocupante é o *grau de criatividade, os modos, limites e a aceitabilidade da criação* do direito por obra dos tribunais judiciais,²²⁴ máxime naqueles contextos em que as leis externam *princípios vagos*, a exemplo da inteligência feita acerca

²²⁰ *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 2ª ed. atual. e aument., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 171.

²²¹ Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 171.

²²² *Idem*, *op. cit.*, p. 172.

²²³ *Juízes Legisladores ?*, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 21.

²²⁴ *Idem*, p. 21.

dos direitos sociais: “é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação na legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de *grau* e não de conteúdo: mais uma vez se impõe repetir que, em alguma medida, *toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional*. Mas, obviamente, essas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de *quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais*”.²²⁵

Esse fenômeno criativo a partir de interpretações judiciais de textos legais de que se fala acima, cumpre observar, atinge a Corte Constitucional quando esta se põe a praticar a chamada “interpretação conforme”, bem como todas as demais *esferas do Poder Judiciário*, inclusive na experiência da *civil law*. Sobre isso, Mauro Cappelletti esclarece que, deveras, ao contrário do que possa parecer, nos sistemas codificados o juiz acaba por exercer função de “elaborador das leis” na mesma medida do que ocorre na *common law*, aludindo ao fenômeno de *expansão da atividade do legislativo*, que é um dos fatores – nos dois sistemas – que constitui uma das principais causas do engrandecimento do direito jurisprudencial e, por conseguinte, do *papel inovador* dos juízes.²²⁶⁻²²⁷

²²⁵ V. Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, *op. cit.*, p. 42.

²²⁶ V., ainda, *Juízes Legisladores?*, p. 18. Daí por que é correto afirmar, *a contrario sensu*, que a quantidade de leis não serve como fator de controle ou de desestímulo dessa derivada atividade normativa que é exercida pelo Judiciário.

²²⁷ É certo que Cappelletti teve sua tese confrontada por Liebman em artigo pelo qual este afirmou que a distinção entre a legislação e a jurisdição reside na qualidade do objeto a respeito do qual o legislador e o juiz são chamados a pronunciar-se: ao legislador se propõe problemas abstratos, ao juiz casos concretos, observando que com isso se estabelece a diferença entre as funções, concluindo: “o juiz, enquanto tem a tarefa de decidir casos concretos com atos eficazes exclusivamente em relação àquele caso isoladamente considerado, nada tem de legislador, mesmo que o seu ato possa ser até certo ponto criativo” (Cf. Enrico Tullio Liebman, “A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei”, in *Repro* 43/57, pp. 57/58). Não obstante, no mesmo texto, Liebman não deixa de reconhecer que, *sob determinado aspecto* (o prático), a jurisprudência exerce sim uma função criadora do direito, ao afirmar: “Chegou-se, então, ao momento de colocar-nos diante da pergunta, que Cappelletti dá por respondida: é efetivamente verdadeira a afirmação de que a interpretação judiciária é criativa? *Concordo com o autor, mas só em parte*. Do ponto-de-vista sociológico, filosófico e político, e na visão do homem leigo, a resposta seria: sim, no ato jurisdicional há sempre qualquer coisa, mais ou menos relevante, que não está na lei, a começar pelo caráter concreto da regra enunciada conteúdo da decisão, até as escolhas mais ou menos numerosas que a tomada de decisão reclamou. Mas do ponto-de-vista jurídico as coisas ocorrem de forma absolutamente diversa, porque o ângulo jurídico não pode prescindir do elemento formal e por isso o pronunciamento do juiz consiste exclusivamente em tornar explícito, manifesto e concreto aquilo que já estava contido na formulação do preceito legislativo” (*idem, cit.*, p. 58).

Escritos mais recentes têm igualmente enfatizado a capacidade criativa do juiz na interpretação dos textos legais, demonstrando que, nessa seara, há uma tendência em se aceitar tal fenômeno. Neste diapasão, o Professor José Rogério Cruz e Tucci ensina que, indubitavelmente, ao longo da história do direito a atividade judicial sempre desempenhou importantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio *aperfeiçoamento* dogmático de institutos jurídicos.²²⁸ Por isso – esclarece Cruz e Tucci em outra passagem de sua obra – “em muitas situações, é possível verificar a lenta evolução de um determinado instituto, ou mesmo de uma situação fática relevante para o direito, nas soluções que os tribunais pátrios conferem aos casos que lhes são submetidos à apreciação”.²²⁹ Por causa disso, a jurisprudência, embora não seja lei no sentido estrito (i.e., norma de caráter geral e abstrato), produz a *realização efetiva do direito*, por meio de valorações concretas, as quais, uma vez reiteradas, ganham prospecção universal no ordenamento jurídico e *acabam por influenciá-lo de modo inexorável*.²³⁰

Como se percebe, esta visão propriamente *realista* da atividade judicial, que se convola na produção dos precedentes, impõe notar que, a rigor, “o modo de entendimento e de aplicação da norma jurídica sempre lhe afetam *a extensão e o alcance*, de tal arte que, embora subsidiariamente, *a jurisprudência não deixa de participar do fenômeno da produção do direito normativo*”, mesmo porque “quando se afirma em certo sentido e se revela por modo constante, [a jurisprudência] atua de fato, *como se fora um direito normativo*, porque os juízes sempre a aplicam aos novos casos concretos”.²³¹ O Professor João Batista Lopes, valendo-se da sua experiência de magistrado, bem sintetiza essa teoria lembrando que a lei é realmente apenas “umas das formas de exteriorização da norma jurídica”, ao lado de outras, como a *jurisprudência*, que, portanto, também poderá externar um *caráter normativo*,²³² do que se infere que o juiz cria o direito de certa maneira.

Em outras palavras, pode-se dizer que em certas ocasiões a atividade judicial cumpre um *papel criativo*, na medida em que se dispõe, por meio do fenômeno jurisprudencial, a moldar a legislação, complementando-a naquilo que lhe falta ou excluindo aquilo que lhe é ilegítimo, observadas as máximas de *hermenêutica moderna*: as

²²⁸ *Op. cit.*, p. 257.

²²⁹ *Idem*, p. 288.

²³⁰ Ainda, Tucci, p. 300. No mesmo sentido, v. a tese de doutorado de Sergio Noriji, *A Interpretação Judicial do Direito*, *op. cit.*, pp. 136. Em senso mais ou menos similar, Cândido Dinamarco, o qual, conquanto não enxergue a jurisprudência como fonte de direito, faz questão de ressaltar o grau de influência que ela exerce em relação aos casos futuros (*Instituições*, vol. I, *op. cit.*, p. 84).

²³¹ Vicente Ráo, *op. cit.*, p. 272.

²³² *Curso de Direito Processual Civil*, Parte Geral, São Paulo, Atlas, 2005, p. 5.

lacunas (aqui no seu sentido mais extenso²³³), bem assim as imperfeições, devem ser supridas pelo aplicador da lei, adaptando-a ao caso concreto, para que seja atendido o fim supremo da Justiça.²³⁴ Por conseguinte, “torna-se indispensável seja a lei *reelaborada* ao ser aplicada ao caso concreto, *de forma criadora*, com flexibilidade e com vistas ao bem comum, no que se lançará mão dos métodos modernos, como o teleológico, ou finalístico; o progressivo, ou o da lógica do razoável”.²³⁵

Quer significar esta análise sucinta que fizemos sobre o tema, em uma visão objetiva, que a atividade judicial se convola em instrumento de *complementação* ou *correção* da norma legal, não importa sua origem e seu grau hierárquico (infraconstitucional ou constitucional), transformando *o juiz em um legislador subsidiário* por natureza do exercício da sua própria função, resguardadas, porém, as devidas *cauteladas* na elaboração dessa sua tarefa atípica.²³⁶

²³³ Sem dúvida nenhuma é a *lacuna legal* que dará um maior espectro criativo à atividade jurisdicional. Todavia, todo texto legal – bom ou ruim, bem ou mal feito, aberto ou restrito – é objeto de interpretação e nessa medida poderá ter sua compreensão alterada. Aliás, como bem observa Sergio Nojiri, “até os textos claros são interpretados, mesmo porque, há uma prévia atividade interpretativa para se saber se são claros! Quando afirmo que um texto é claro, já o estou interpretando” (*A Interpretação Judicial do Direito*, op. cit., p. 142). Tratando a função - criativa - do direito posto e da sua repercussão no ordenamento, especialmente em caso de modulação, v. artigo de Diego Diniz Ribeiro, “A Modulação de Efeitos no Controle de Constitucionalidade em Matéria Tributária e a Jurisprudência do STF”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 178/25.

²³⁴ Cf. Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, “Noções gerais de hermenêutica moderna e aplicação da lei”, in *Questões Controvertidas de Processo Civil e de Direito Material – doutrina, jurisprudência e anteprojetos*, São Paulo, RT, 2001, pp. 24 e 36.

²³⁵ Ainda, v. Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, op. cit., p. 36. As lições do Juiz Ferraz Nogueira não desprezam as clássicas lições de Alípio Silveira, este fundado em Recasens Siches e outros doutos juristas de escol, dentre os quais Ruy Barbosa, enfatizando que na tarefa de interpretar a lei o juiz acaba por criar a norma, *(re)construindo o direito*. Enfatizou, assim, Alípio Silveira: “Os poderes criadores do juiz se manifestam numa obra de extraordinária importância: a jurisprudência dos tribunais. Nosso grande Ruy Barbosa traçou-lhe a força criadora com estes expressivos conceitos: ‘Ninguém ignora, hoje em dia, que a jurisprudência modifica incessantemente as leis do direito privado. Toda codificação, apenas decretada, entra, sob o domínio dos arestos, no movimento evolutivo que, com o andar dos tempos, acaba por sobrepor à letra escrita o direito dos textos legais’” (v. *O papel do Juiz na aplicação da lei*, São Paulo, Universitária de Direito, 1977, p. 4).

²³⁶ É imprescindível advenham os precedentes do legítimo exercício da jurisdição, porque assim o juiz estará sendo validamente provocado a manifestar sua opinião sobre as controvérsias legais de forma *imparcial*, sem qualquer interesse pessoal no resultado da demanda e, por via de consequência, na decisão formada a partir dela. Somente assim é que se *legitima* a denominada “atividade criativa da jurisprudência”, sob pena de, atuando de outro modo, implicar grave *perversão*, conforme destacou Mauro Cappelletti (*Juízes legisladores?*, cit., pp. 75/77 e 131/132). No mesmo sentido, Sergio Noriji, dando ênfase no fato de que “a atividade judicial não pode ser iniciada *ex officio* pelo Poder Judiciário” (*A Interpretação Judicial do Direito*, op. cit., p. 136). Na doutrina estrangeira, Taruffo e La Torre revelam que essa atividade formadora da norma legal é inevitável em sistemas como o italiano onde milhares de leis são criadas pelo legislador diariamente e postas à prova ao Poder Judiciário, que lhe cumpre interpretar. Essa atividade criativa, nesse senso, não é criada *ex nihilo*, mas sim em regras legais e em princípios que derivam da própria lei e que são aplicáveis ao caso concreto (op. et cit., p. 154). Em suma: “judicial law-making is a tool to be used with great care” (cf. Reynolds, *Judicial Process*, op. cit., p. 83).

Desse modo, posto que sem adentrar na antiga polêmica sobre se a decisão judicial seria uma fonte primária ou secundária de direito – ou até mesmo se pode ser qualificada como “fonte” em sentido estrito –, temas que ensejariam outra tese, a verdade é que a doutrina não mais se afasta da ideia do *fenômeno jurisprudencial* na condição de um instrumento no mínimo complementar – ou naturalmente – *complementar à atividade legislativa*,²³⁷ fruto da impossibilidade de a lei prever todas as situações concretas sobre as quais, abstratamente, pretende incidir (= as inevitáveis “omissões legislativas”), sem contar as normas juridicamente defeituosas (ou tecnicamente *deformadas*), corrigidas mediante interpretação judicial. Ao juiz, enfim, cumpre exercer uma “*função reveladora do Direito*”,²³⁸ mediante a atualização do “sentido possível” da norma, e, ao proceder deste modo, faz com que o precedente, fruto de sua atividade, *inove* o ordenamento jurídico na mesma medida da lei.²³⁹

A título de conclusão, a tese que aqui se propugna, amparada em renomadas opiniões, não desconsidera a função do precedente como elemento *subsidiário* (ou *posterior*) na formação da norma, enquanto texto interpretado, mas, por outro lado, não a relega a um “segundo plano” meramente desimportante, porquanto a jurisprudência, enquanto expressão da exegese da lei, possui esse caráter *delimitador* do alcance da legislação.²⁴⁰ Este o motivo pelo qual *os precedentes, não importa a jurisdição de onde*

²³⁷ Em sentido similar: Rodolfo Mancuso (*Divergência Jurisprudencial*, *op. cit.*, pp. 61 e 65), aludindo, na página 71 da referida obra (*op. cit.*), que “parece não haver demasia em reconhecer que hoje a jurisprudência já está recepcionada como *meio suplementar de integração do Direito*, atuando como elemento catalizador e organizador das lides trazidas ao Judiciário, assim permitindo o agrupamento das demandas afins, por modo que todas recebam um tratamento judiciário isonômico”. Não se deixe de citar, em reforço desta tese, o entendimento de Roger Stiefelmann Leal, ilustre Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, o qual, embora reprovando a exacerbação política do Judiciário (carente de *legitimação democrática* para tanto), por outro lado não deixa de *ressalvar* que “é errônea a compreensão de que a lei tem somente um sentido, que existe apenas um significado verdadeiro no texto legal, que todas as leis são completas, inadmitindo-se pensar em lacunas. É fantasioso conceber que a função judicial simplesmente se restringe a verificar a ocorrência de hipótese prevista em lei e aplicar os efeitos jurídicos por ela comandados. Antes de mais nada, há de se ter em mente que Montesquieu elaborou uma doutrina política e não jurídica, da separação dos Poderes. Na verdade, a função da aplicação do direito, dada a sua complexidade, contém também elementos criativos. Com frequência, principalmente nos dias atuais, encontram-se textos com mais de um significado possível, fato que atribui ao juiz uma certa liberalidade, ao julgar, em optar por interpretações cabíveis” (v. “A Judicialização da Política”, in RDCI 29/230, p. 230).

²³⁸ Miguel Reale, *Lições Preliminares*, *op. cit.*, p. 170.

²³⁹ Quem enxerga a jurisprudência como fonte de direito não tem, evidentemente, problemas em afirmar seu caráter criativo: “Se a sentença cria o Direito, ela, da mesma forma que a lei, sem com ela se confundir, é fonte de onde promana o Direito. Ela ganha força normativa, quando se consolida como expectativa e se desloca para o passado em relação às decisões judiciais futuras como precedente” (v. Misabel Abreu Machado Derzi, *op. cit.*, p. 308).

²⁴⁰ São inúmeros os escritos da lavra de juristas de escol sobre o “precedente como fonte de direito”, além daqueles citados no decorrer do trabalho. Em uma análise da sistemática dos precedentes no mundo, objeto da conhecida obra *Interpreting Precedents*, editada em 1997 (*op. cit.*), em quase todos os sistemas estrangeiros da *civil law*, em especial França, Alemanha, Espanha e Itália, o precedente é considerado doutrinariamente fonte de direito. Por exemplo, mesmo na França, tradicionalmente apegada à codificação, artigo de Michel Troper e Christophe Grzegorzczuk relata que os doutrinadores reconhecem que a

extraídos, estão a merecer um *tratamento especial* – ainda que *puramente casuístico ou pragmático*, resultado da adoção de uma política judiciária – para que esses seus tais efeitos “inovadores”, em delimitadas circunstâncias, não afetem a *segurança jurídica* e outros relevantes princípios de direito, conforme veremos no decorrer desta tese.

3.4.3. A força inovadora, transcendente e atipicamente vinculante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Enquanto se tem, de um lado, a título de premissa geral, o fato de que a atividade jurisdicional pode ensinar a criação do direito, de outro lado não se pode perder de vista que a importância desse *novo direito* – resultado da interpretação – será maior na medida em que mais influentes sejam as decisões que o criaram. Tal constatação está longe de ser uma novidade, pois o critério comparativo com a *força obrigatória* das normas criadas pelo *legislador* impõe a averiguação do *grau de vinculação* dos precedentes: só é lei aquela regra que deve ser obedecida ou cuja desobediência represente uma *sanção*. De maneira que – permita-nos aqui adiantar uma conclusão elementar –, a jurisprudência ficará mais próxima da lei quanto mais influente (ou vinculante) ela for,²⁴¹ merecendo, a partir daí, tratamento similar ao atribuído àquela para evitar os danos resultantes da sua aplicação universal com caráter retroativo.

Com efeito, no momento em que se alude aos *limites* da vinculação (ou influência) de um determinado julgado, costuma-se referir *aos graus de persuasão* que ele poderá exercer nos demais órgãos do Poder Judiciário, a variar desde os assim denominados “*precedentes tipicamente vinculantes*”, com indiscutível *eficácia normativa* (= as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle concentrado e a súmula vinculante), até os acórdãos dos Tribunais de Justiça e Federais, proferidos em sede de revisão de apelação (“*precedentes meramente persuasivos*”). Entre esses dois tipos, a doutrina qualifica como “*precedentes com eficácia impositiva intermediária*” aquelas decisões que não têm de ser obrigatoriamente seguidas, mas que são dotadas de “*eficácia impositiva*”, embora mais branda, *para além do caso julgado*, não se podendo afirmar, por isso, tenham

jurisprudência é de fato fonte de direito e, portanto, uma reversão de uma decisão de uma corte inferior por uma de grau jurisdicional superior pode se basear em infração à jurisprudência, sem contar que os advogados, quando consultados, já não mais se contentam em consultar as leis, mas obrigatoriamente recorrem aos precedentes (v. *Precedente in France, cit.*, p. 119). Essa mesma constatação é feita por Michele Taruffo em relação ao direito italiano (*Institutional Factors Influencing Precedents, loc. et op. cit.*, p. 457).

²⁴¹ Em sentido mais ou menos similar, atribuindo aos precedentes uma *função normativa*, quanto mais *influência* ele tiver, v. Cândido Dinamarco, “Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade”, in *Processo Civil Empresarial*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

simples valor persuasivo;²⁴² a jurisprudência dos nossos tribunais de justaposição (STJ/TST/TSE) estaria inserida nesta última qualificação, no que diz respeito à sua incidência *vertical* em relação aos demais órgãos do Judiciário.

Não obstante, entendemos que esses critérios regularmente adotados pelos juristas para se conhecer o grau de vinculação de cada precedente estão a depender, decerto, (i) da especificidade do sistema onde eles se inserem; (ii) de regramentos processuais/constitucionais específicos e (iii) da própria cultura/experiência no tocante à obediência dos pronunciamentos judiciais. Por isso a análise deve ser individualizada, a partir de onde se poderá dizer se as decisões do tribunal superior deste ou daquele país são mais ou menos persuasivas, obrigando, conseqüentemente, o tratamento da problemática alusiva à modulação da sua eficácia.

Nesse contexto, foi possível verificar que a doutrina dos países europeus orientados pela *civil law* enquadra as decisões de seus respectivos tribunais superiores (Cortes de Cassação) na condição de precedentes que vinculam apenas “de fato”, já que não há regra expressa determinando sua obediência pelos tribunais *a quo*. Embora essa caracterização de tais julgados (= precedentes vinculantes “de fato”) esteja a reconhecer que há uma certa vinculação – e assim as decisões das Cortes de Cassação não podem ser desrespeitadas –, o termo em si é equivocado, pois existem sim *regras* processuais e constitucionais expressas atribuindo a tais órgãos a interpretação final das leis ordinárias (então, há um sistema hierárquico estabelecido “*de direito*”), sendo certo que a decisão de grau jurisdicional inferior que desobedecer o pronunciamento do tribunal superior estará automaticamente fadada à *revisão*, bastando que a parte assim deseje ao interpor um recurso de natureza especial (*cassação*).²⁴³ Dessa forma, à luz de uma melhor análise, mesmo os precedentes desses órgãos judiciários de cúpula podem ser considerados vinculantes “de direito” (uma vinculação “*formal*”, pois advinda da sistemática *legal* adotada em cada país), o que incrementa sua capacidade de ser enxergado com o alcance e conteúdo de *norma* (= caráter normativo-vinculante).

²⁴² Cf. Patrícia Perrone Campos Mello, *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 105.

²⁴³ É assim que explicam Michel Troper e Christophe Grzegorzczuk, em comentários à experiência do direito francês no tocante à vinculação dos precedentes da sua Corte de Cassação (*op. et. loc. cit.*, p. 118). Ainda conforme a doutrina estrangeira, as decisões da Corte de Cassação italiana – equivalente ao STJ – são consideradas “precedentes particularmente persuasivos”, “*pelo menos enquanto não haja razões boas para não aplicá-los*” (v. Taruffo e La Torre, *op. cit.*, p. 162). No sistema espanhol, ainda para exemplificar, diz-se que as decisões da Suprema Corte (*idem*, órgão similar ao STJ) são muito influentes e *praticamente vinculantes* (cf. Miguel e Laporta, *op. cit.*, p. 271).

De modo similar, parcela importante da doutrina brasileira tem dado bastante ênfase ao caráter normativo das decisões dos tribunais superiores brasileiros de instância extraordinária, dentre os quais o Superior Tribunal de Justiça, obtemperando que, conquanto não tenham tais precedentes caráter vinculante decorrente de expressa menção em lei, são aptos a reproduzir efeitos tal como se tivessem força obrigatória. Assim, Tercio Sampaio Ferraz afirma que a jurisprudência se equivale ao “direito vigente” quando se sedimenta em dado rumo,²⁴⁴ máxime aquela formada no âmbito das *Cortes Superiores*, em virtude da função própria que a Constituição lhes atribui (arts. 102 e 105 da CF).²⁴⁵ Roque Antonio Carraza compactua com esta concepção observando que os precedentes firmados em tais sodalícios “faz chegar, às pessoas, o *verdadeiro significado, conteúdo e alcance das normas* jurídicas constitucionais”, mesmo porque “a interpretação é uma atividade puramente cognoscitiva, que tem o escopo de *reconstruir* o pensamento do legislador”.²⁴⁶ Essas ideias são confirmadas pela visão de Nelson Nery Júnior, segundo o qual “a construção do direito por intermédio da reiteração das decisões judiciais, notadamente da jurisprudência dos tribunais superiores, já é realidade no mundo e no Brasil”.²⁴⁷

Sem dúvida, impende notar que o Superior Tribunal de Justiça foi construído a partir de uma “*cisão*” da competência então atribuída ao Supremo Tribunal Federal e, dessa forma, galgado a órgão máximo responsável pela interpretação da legislação federal e pela pacificação da jurisprudência pátria divergente sobre a mesma matéria (direito infraconstitucional). Logo, nos termos do novo delineamento trazido pela Constituição de 1988, é um tribunal com “a missão jurídico-política de permitir que uma mesma norma jurídica federal seja aplicada *em todo o país* de maneira uniforme e simétrica, afastando a quebra do princípio da igualdade entre os diversos ‘súditos’ da República, pela mera circunstância de terem domicílio em diferentes Estados-membros”.²⁴⁸

²⁴⁴ Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr. (“Irretroatividade e Jurisprudência Judicial”, in *Efeito Ex Nunc e as Decisões do STJ*, em cooperação com Roque Carraza e Nelson Nery Junior, 2ª ed., São Paulo, Manole, 2009, p. 13).

²⁴⁵ Tercio Ferraz Jr. menciona também que a jurisprudência teria uma “força vinculante presuntiva”, para esclarecer, com isso, que ela se fixa como lei no ordenamento e, assim, presumivelmente, será adotada em caráter genérico (*op. cit.*, p. 32).

²⁴⁶ “Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas”, in *Efeito Ex Nunc e as Decisões do STJ*, *op. cit.*, p. 64.

²⁴⁷ Cf. Nelson Nery Jr. (“Boa-fé objetiva e Segurança Jurídica – eficácia da decisão judicial que altera a jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior”, *op. cit.*, p. 82). Essas concepções, como vimos neste trabalho, são compartilhadas pelo Ministro Herman Benjamim no fundado no voto-vencido proferido nos Embargos de Divergência que trataram da questão alusiva à manipulação das decisões no cerne do STJ.

²⁴⁸ Cf. Humberto Martins, “Origem, estrutura e funções constitucionais do Superior Tribunal de Justiça: 20 anos de jurisdição federal”, in *Revista do Advogado*, nº 103, Ano XXIX, Maio de 2009, publicação da AASP, p. 64. Ainda, como ensina o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira em um dos primeiros escritos sobre as funções do STJ, a finalidade precípua do recurso especial “é a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência” (“O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 69).

Desse modo, patenteada está a *elevada missão institucional* do STJ, de uniformização da exegese das leis nacionais, para que estas tenham apenas *uma só leitura*, impedindo que haja decisões discrepantes para situações absolutamente iguais, prestigiando-se o *princípio da isonomia*. Sob tal prisma, apresenta-se nítida a *função dos seus precedentes*, consistente em estabelecer *um só regramento* que decorra de uma dada inteligência da lei, a qual *deverá* ser seguida por todos os demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, sob pena de violar a própria razão de ser do art. 105 da CF/88.

A propósito, a melhor doutrina sempre destacou que os recursos extraordinários, dentre os quais o *recurso especial* da competência do STJ, não são recursos diretamente vocacionados à correção da injustiça do *decisum* recorrido, mas sim destinados à *preservação da ordem jurídica e do interesse público*. A tutela jurisdicional prestada pelo STJ objetiva, antes, dar prevalência a um interesse geral, coletivo, de titularidade do Estado e somente por via reflexa acaba por propiciar um “contencioso objetivo de legalidade” com a reforma da decisão recorrida, atingindo as partes do processo e seus interesses particulares.²⁴⁹ Trata-se, a rigor, “de modalidade de *recurso extraordinário lato sensu*, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e a autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, *deve prevalecer sobre os interesses da parte*”, conforme os ensinamentos do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.²⁵⁰

Essa finalidade transcendente aos meros interesses das partes apresenta-se de forma ainda mais latente na aplicação da alínea “c” do inc. III do art. 105 da Constituição Federal, cuja *ratio legis* é exatamente garantir a unidade da *interpretação da lei federal em todo o território nacional*. Isto é, “quando, através do recurso especial interposto pela alínea c do art. 105, III, da CF, o STJ procede à interpretação soberana da lei federal, ele o faz para cumprir sua *missão institucional de propiciar um entendimento uniforme do direito federal* (...). A *jurisprudência, assim como a doutrina, a analogia, são fontes de integração da norma jurídica, ajudando fortemente a que se alcance seu real significado*, mormente nos casos em que a norma se mostre lacunosa, defasada ou obscura”.²⁵¹ Por isso “na alínea ‘c’ situa-se a mais importante função do recurso especial: uniformizar a

²⁴⁹ Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 5ª ed. rev. e atual., São Paulo, RT, 1998, pp. 95-97. Em outra obra mais recente, o Professor Mancuso destaca o que denomina *função expansiva* dos precedentes do STJ, como órgão máximo da interpretação da lei federal, aduzindo que não tem nenhum sentido sustentar tese diversa daquela pacificada na Corte Superior (*Divergência Jurisprudencial*, op. cit., p. 276 e ss.).

²⁵⁰ “O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça”, cit., p. 69.

²⁵¹ Mancuso, *Recurso*, op. cit., p. 175.

interpretação do direito federal do País, quando haja manifesta divergência envolvendo tribunais diferentes”.²⁵²

Pois bem, essa primeira análise está a demonstrar a *remarcada importância* dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, dada essa sua finalidade constitucional de *uniformizar a interpretação da lei federal nos Estados-membros*, garantindo o direito de igualdade das partes receberem mesmo tratamento em juízos diversos.²⁵³ Cuida-se, é importante enfatizar tal aspecto, de uma *missão* que resulta da análise contextual da própria Constituição Federal e de uma *tendência mundial* de atribuir às Cortes de Cassação uma “*função nomofilática*”,²⁵⁴ para que os tribunais subalternos *sigam* seus ditames jurisprudenciais, organizando a jurisdição a partir da unicidade de interpretação do direito federal.

A despeito de tal constatação – que se ampara, pudemos ver, em uma interpretação constitucional do tema –, a relevância dos julgados do STJ tem sido reforçada²⁵⁵ a partir de reformas legislativas processuais mais recentes, dentre as quais a chamada “súmula obstativa de recursos” (arts. 518, § 1º, e 557, Código de Processo Civil²⁵⁶), que atribui à

²⁵² Cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, “O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça”, *op. cit.*, p. 70.

²⁵³ Em sentido similar, anotando a função dos recursos extraordinário e especial de “*assecuração da segurança jurídica*, resguardando a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade da interpretação da Constituição e das leis federais”, v. Cruz e Tucci, *Precedente*, *op. cit.*, p. 266.

²⁵⁴ Michele Taruffo, dispondo sobre o “precedente e nomofilaquia”, observa que Calamandrei chamava a atenção para a função da Corte de Cassação de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da prolação de sentenças não apenas capazes de assegurar a exata interpretação do direito, mas também de impor essa interpretação como cânone de decisão dos casos sucessivos (“nomofilaquia”). Com essas ideias, observa ainda Taruffo, Calamandrei antecipava aquela que é hoje a função principal das cortes superiores em muitos ordenamentos da *common law* e da *civil law*, que é a de assegurar o controle de legitimidade por meio da fixação de precedentes destinados a projetar-se como pontos de referência sobre decisão de outros juízes e tribunais (“nomofilaquia através do precedente”) – v. “Precedente e Jurisprudência”, *op. et loc. cit.*, p. 153.

²⁵⁵ A doutrina tem qualificado esses dispositivos para dar respaldo aos julgados do STF e do STJ de “*mecanismos de desestímulo à insubordinação injustificada*”, isto é, formas de impor que os julgados dos tribunais superiores sejam devidamente obedecidos pelas instâncias *a quo*. Nesse sentido, faz-se referência: (i) ao art. 557 do CPC, que permite a rejeição de recurso em confronto com a jurisprudência do STJ; (ii) ao art. 544, § 3º, do CPC, segundo o qual o agravo se transforma para dar provimento ao recurso especial, se o acórdão confrontar a jurisprudência dominante do STJ; (iii) à técnica de aplicação de sanções por recursos protelatórios; (iv) ao art. 120 do CPC, que autoriza a decisão do conflito de competência monocraticamente com base na jurisprudência do STJ, sendo ela dominante; (v) ao art. 475, §3º, do CPC, que dispensa a remessa necessária quando a sentença funda-se nos precedentes do tribunal superior competente; (vi) ao art. 543-C do CPC, alusivo aos recursos repetitivos (cf. Arthur Mendes Lobo e João Batista de Moraes. “Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica – a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência”, in *O Futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao Anteprojeto do novo CPC*, coord. Fernando Rossi, Glauco Ramos, Jefferson Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Mourão, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 54).

²⁵⁶ Na parte que regula a apelação: “Art. 518. (...) § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. No capítulo da ordem dos processos nos tribunais, assim: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. § 1º

jurisprudência sumulada do STJ *efeitos praticamente vinculantes*, a ponto de a doutrina questionar sua própria constitucionalidade.²⁵⁷ Apesar dessa polêmica sobre a validade constitucional desse dispositivo – que não diz respeito ao escopo deste capítulo do trabalho –, a verdade é que, uma vez aplicado o § 1º do art. 518 do CPC em seu exato sentido, a sentença amparada em súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça qualifica-se como uma decisão *irrecorrível*, resultado só e só de uma *eficácia vinculante*.²⁵⁸⁻²⁵⁹

Referendando essa eficácia transcendente dos precedentes do STJ – sempre com vistas a demonstrar, aqui, a importância de se admitir que eles, tal como a lei, possam ter seus consectários modulados temporalmente, para não afetar a segurança jurídica –, é preciso também examinar a novíssima sistemática dos denominados “*recursos repetitivos*” criada pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, cujo teor admite o *julgamento concentrado* de vários recursos que deduzam a mesma tese de direito.

Com a adoção desse mecanismo, os recursos especiais podem ficar represados no tribunal de origem, *aguardando* a decisão final do STJ a ser proferido no âmbito de tal julgamento “em bloco” e de onde advirá a “tese de direito” aplicável a todos os casos iguais. Assim, uma vez firmada a orientação pelo STJ sobre a celeuma, os recursos especiais outrora represados (a) terão seguimento automaticamente denegado na hipótese de o acórdão recorrido *coincidir* com a decisão do STJ ou (b) na hipótese de o acórdão recorrido *divergir* do STJ, serão *novamente examinados* pelo tribunal de origem, o qual terá a oportunidade de *reconsiderar* sua anterior decisão, caso contrário o recurso especial, então suspenso, será devidamente processado (incs. I e II do § 7º do art. 543-C).

A – Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso (...) § 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

²⁵⁷ “O dispositivo [art. 518, § 1º] faz com que, na prática, as súmulas simples do STF e as do STJ tenham todas *eficácia vinculante*, em evidente desrespeito ao sistema constitucional, notadamente ao espírito da CF 103-A. Mais grave, ainda, é a proposta de ampliação dessa restrição constante da norma comentada para impedir o recebimento da apelação quando a sentença estiver de acordo com ‘súmula do respectivo Tribunal ou dos Tribunais Superiores em sentido igual à decisão recorrida’ (v.g., PL Senado 140/04), porque isso, na prática, tornaria ‘vinculantes’ todas as súmulas dos tribunais do País. A inconstitucionalidade é flagrante” (Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 11ª ed., ampl. e atual. até 17.2.2010, São Paulo: RT, 2010, p. 900).

²⁵⁸ Com propósito similar, mas em outra dimensão, o art. 285-A do CPC, que atribui ao juiz a faculdade de julgar o caso prescindindo da contestação (i.e., julgar liminarmente o mérito), dando ênfase ao “precedente judicial”.

²⁵⁹ Caio Márcio Gutterres Taranto diz que são “*precedentes de efeito impeditivo de recursos*” aqueles citados pelos arts. 518, § 1º e 557 do CPC, diferenciando-os dos meramente persuasivos (v. Precedente judicial, *op. cit.*, p. 203).

Entretanto, cumpre observar que o STJ tem interpretado como *obrigatória* (e não meramente facultativa) a modificação do acórdão recorrido pelo tribunal *a quo* quando este estiver nitidamente em confronto com a tese de direito advinda do julgamento dos chamados recursos repetitivos. Quer dizer, uma vez estabelecida a orientação definitiva pelo STJ, o tribunal de justiça só poderá manter o acórdão (contrário à orientação ditada pelo STJ) desde que adicione uma *nova fundamentação*, procedendo ainda às devidas *distinções*, i.e., com a explicitação do motivo pelo qual o caso não se insere na *norma-base* ditada pelo precedente do STJ advindo do julgamento proferido no procedimento dos recursos repetitivos.²⁶⁰ Agindo o tribunal originário de outra forma, i.e., se ele pura e simplesmente “reiterar” o teor do acórdão submetido a esse juízo de reconsideração, abstendo-se de indicar o especial fundamento com base no qual está desse modo decidindo, sua nova decisão (recalcitrante ao ignorar a orientação superior) será considerada *nula* pelo STJ, inclusive *ex officio*, na oportunidade em que este sodalício vier a apreciar o recurso especial daí consequente, caso em que os autos serão *devolvidos* à turma julgadora *a quo* para que ela então *explicitate* o exato motivo pelo qual manteve o seu julgado mesmo em face do precedente prolatado no cerne do procedimento de recurso repetitivo.²⁶¹

²⁶⁰ Também na análise doutrinária de Luiz Guilherme Marinoni, agora, “a única possibilidade de o tribunal de origem não se retratar é mediante o *distinguishing* do caso. Ele obviamente não pode afirmar que não está de acordo com o entendimento do STJ para manter o acórdão e, após, dar seguimento ao recurso especial” (*Precedentes Obrigatórios*, op. cit., p. 499).

²⁶¹ É como noticiou o STJ em 15 de dezembro de 2009: “A partir de agora, as decisões dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais que discordarem do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelecido em julgamento pelo rito da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008) terão que ser fundamentadas. *Do contrário, o recurso que chegar ao STJ será devolvido à origem pelo Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência (Nupre)*. A determinação é da Corte Especial do STJ e foi tomada por unanimidade na apreciação de uma questão de ordem levantada pelo ministro Aldir Passarinho Junior. A Lei n. 11.672/2008 alterou o Código Processual Civil (CPC), permitindo processamento diferenciado quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. A norma, contudo, não dá efeito vinculante ao resultado desse julgamento, ou seja, não obriga os tribunais a seguirem a orientação. Ocorre que, segundo o ministro Aldir Passarinho Junior, tomando como base casos vindos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), no momento em que os processos que haviam ficado retidos aguardando a resolução do recurso repetitivo voltam às Câmaras para reapreciação das apelações nas cortes de origem, estas apenas ratificam o entendimento anterior, mediante simples “tira” do julgamento, reenviando os autos ao STJ. A lei incluiu o artigo 543-C no CPC, que passa a dispor em seu artigo 1º, parágrafo 7º, que publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. O parágrafo 8º acrescenta que, na hipótese prevista no inciso II do parágrafo 7º, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, será feito o exame de admissibilidade do recurso especial. *O ministro explica que não se deve entender que a expressão “novamente examinar” trata de mera confirmação automática de uma tese já rejeitada pelo STJ, “porém, minimamente, uma nova apreciação, fundamentada, da matéria, o que implica, na hipótese de ainda sufragar o entendimento oposto ao já uniformizado pelo STJ, a exposição da argumentação em contrário, rebatendo, objetivamente, as conclusões aqui firmadas”.* Diante do fato de os processos estarem sendo enviados ao STJ sem essa apreciação, ficou decidido que, nesses casos, os recursos serão restituídos ao tribunal de origem para que sejam efetivamente apreciadas as apelações ou agravos. Isso, por decisão das Turmas, independente de acórdão, decisão unipessoal de relator, ou da Presidência, por intermédio do Nupre. Todos os presidentes de tribunais regionais federais e de justiça serão oficiados dessa decisão. Processos: REsp 1148726; REsp 1154288; REsp 1155480; REsp 1158872; 1153937; REsp 1146696” (cf. matéria veiculada pelo site do STJ, www.stj.jus.br).

Essa análise acima está a revelar, portanto, que a técnica adotada no art. 543-C do CPC possui, por vias transversas, o nítido objetivo de atribuir um *caráter impositivo* à jurisprudência pacificada do STJ, ao proibir eventuais recalcitrâncias dos magistrados de grau inferior que não queiram conformar-se com a tese albergada na corte superior.

Com o mesmo escopo e de forma muito enfática, decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que *não cabe agravo de instrumento* contra a decisão do tribunal *a quo* que nega seguimento a recurso especial sob o fundamento de que o acórdão recorrido está em compasso com o precedente oriundo da instauração do incidente de recursos repetitivos.²⁶² Neste sentido, o voto condutor do Relator, Ministro Cesar Asfor Rocha, ressalta que a inclusão do art. 543-C no CPC pela Lei 11.672, de 08 de maio de 2008, está baseada na premissa de que o referido dispositivo teve o *intuito de contornar o assoberbamento* do STJ, afastando dele julgamentos meramente burocráticos a partir da mera confirmação da tese já albergada em anteriores *leading cases*, para que a Corte possa se debruçar sobre os casos novos e de importância ainda não solucionados. A partir dessa finalidade da norma sob comentário, defendeu-se a *restrição* do alcance do art. 544 do CPC, segundo o qual cabe agravo contra a decisão do presidente do tribunal *a quo* que denegar o processamento do recurso especial. De acordo com o voto do Ministro Asfor Rocha, esse recurso de agravo *não será cabível* contra a decisão de inadmissão do recurso especial quando esta estiver fundada na preexistência de julgado do STJ proferido no âmbito do incidente de *recursos repetitivos* previsto no art. 543-C do CPC, pois o objetivo (*teleológico*) deste artigo foi exatamente evitar a subida desses processos idênticos ao STJ, o qual não restará atingido se ditos recursos contra tais despachos denegatórios continuarem a ser processados. Assim, contra a decisão denegatória da presidência caberá apenas o *agravo regimental*, processado e julgado no âmbito do próprio tribunal *a quo*.²⁶³

²⁶² “Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC. Agravo não conhecido” (QO no Ag 1.154.599/SP, Corte Especial, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, m.v., j. em 16/02/2011, www.stj.jus.br).

²⁶³ Confira-se este trecho da decisão ora comentada proferida na QO no Ag 1.154.599/SP: “Sob esse enfoque, a norma do art. 544 do Código de Processo Civil, editada em outro momento do Poder Judiciário, deve ser interpretada restritivamente, incidindo, apenas, nos casos para os quais o agravo de instrumento respectivo foi criado, ou seja, nas hipóteses em que o órgão judicante do Tribunal de origem tenha apreciado efetivamente os requisitos de admissibilidade do recurso especial. O exame dos mencionados pressupostos recursais, sem dúvida, não alcança a norma do inciso I do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil. Nesse dispositivo, o apelo extremo tem seguimento negado com base no julgamento do mérito de apelo que serviu de paradigma ou, como dispõe a própria lei, de ‘recurso representativo de controvérsia’ (§ 1º do mesmo dispositivo). Antecipa-se, enfim, no eleito recurso repetitivo, o resultado dos futuros recursos que cuidarem de matéria idêntica. O momento da Lei n. 11.672/2008, que criou o recurso repetitivo nesta Corte, é incompatível com o momento em que concebido o agravo de instrumento do art. 544 do CPC. Decidir de forma diversa, acolhendo a possibilidade de interposição do agravo de instrumento, enseja, flagrantemente, a mera substituição de cores e de nomenclaturas dos recursos que subirão ao Superior Tribunal de Justiça, impedindo que as partes obtenham justiça rápida e definitiva com o trânsito em julgado da decisão de mérito e ferindo, no meu entender, o espírito da nova lei. II - Afastado o agravo de instrumento, surge uma segunda

Denota-se desse pronunciamento da Corte Especial do STJ que ele acaba por instituir claramente uma *irrecorribilidade* da decisão de inadmissibilidade do recurso especial proferida pela presidência do tribunal *a quo*, apesar da dicção do art. 544 do CPC, transformando o precedente oriundo do julgamento repetitivo do art. 543-C em uma decisão nitidamente *vinculante*, com eficácia *erga omnes*.

Aliás, para comprovar a constatação acima é de rigor mencionar o *voto-vencido* do Ministro Teori Zavascki na apreciação da referida Questão de Ordem nº 1.154.599/SP, no cerne do qual destacou o seguinte: “negando-se acesso ao STJ, em casos tais, *o que se faz, na prática, é conferir aos precedentes julgados pelo regime do art. 543-C não apenas um efeito vinculante* ultra partes, mas também um caráter de absoluta imutabilidade, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado”. Ademais, ponderou o Ministro Zavascki que a opção por substituir o “agravo” do art. 544 do CPC pelo “agravo regimental”, na forma do previsto no voto-condutor do Min. Asfor Rocha, implicaria a instituição de mais um *degrau* recursal, com o risco de trazer efeitos reversos no tocante ao assoberbamento da Justiça, a despeito do “desvio” que isso ensejaria no rito do recurso especial. Dessa forma, o Ministro *divergiu* da maioria da Corte Especial, entendendo ainda cabível o agravo do art. 544 contra a decisão de inadmissibilidade do recurso especial, mesmo que tal decisão se apoie em julgado do STJ proferido em recurso repetitivo, obtemperando, no mais, que o recurso nitidamente inadmissível poderá ser penalizado com multa processual.²⁶⁴

questão que deve ser resolvida também nesta assentada, considerando-se a sua importância, decorrente da possibilidade de multiplicação de recursos de igual natureza e com idêntico objetivo. *A pergunta é: pode o Tribunal de origem, através do seu órgão competente, impedir a subida do agravo de instrumento aplicando a regra do art. 543-C do CPC? Penso que sim, anotando, desde logo, que tal decisão, obstando o prosseguimento do agravo, não representa, em princípio, usurpação da competência desta Corte.* Isso por se tratar de recurso absolutamente incabível, não previsto em lei para a hipótese em debate e, portanto, não inserido na competência do Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma, manter a possibilidade de subida do agravo para esta Corte implica viabilizar a eternização do feito, obstaculizando o trânsito em julgado da sentença ou acórdão e lotando novamente esta Corte de recursos inúteis e protelatórios, o que não se coaduna com o objetivo da Lei n. 11.672/2008. III - Por último, cabe aqui discutir uma terceira questão. Poderá haver hipóteses em que, de fato, o recurso especial terá seguimento negado indevidamente, por equívoco do órgão julgador na origem. *Nesse caso, caberá apenas agravo regimental no Tribunal a quo.* Observo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 760.358-7, decidiu de forma semelhante. Considerando inadequada a utilização da reclamação para correção de equívocos na aplicação da jurisprudência daquele Tribunal aos processos sobrestados na origem pela repercussão geral, entendeu que o único instrumento possível a tal impugnação seria o agravo interno. Ante todo o exposto e tendo em conta que o presente agravo, inclusive no que se refere ao art. 535 do CPC, busca apenas a prevalência de tese rechaçada quando do julgamento do REsp n. 977.058/RS, sob o rito da novel legislação, não conheço do agravo de instrumento porquanto incabível”.

²⁶⁴ Vale destacar este trecho do voto-vencido do Ministro Zavascki, para melhor compreensão da celeuma: “Mesmo os sistemas que cultuam rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato. É que a eficácia das decisões judiciais está necessariamente subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando revisão sempre que houver modificação no estado de fato ou de direito. Até mesmo para as súmulas vinculantes editadas pelo STF há

Igualmente no âmbito da técnica dos recursos repetitivos, o STJ apreciou Questão de Ordem no REsp 1.063.343/RS, tendo a oportunidade de deliberar que, uma vez afetado

mecanismos de acesso à Corte Suprema para fins de revisão (CF, art. 103-A, § 2º e Lei 11.417/06, arts. 3º a 6º). O mesmo ocorre com as decisões do STF que negam existência de repercussão geral, que também estão sujeitas a revisão (CPC, art. 543-A, § 5º). São igualmente passíveis de revisão – e não são raros os casos em que isso ocorre na prática – as súmulas editadas pelo STJ (Regimento Interno, art. 125). 5. Também não se mostra apropriada, no meu entender, a associação dessa questão de ordem com a orientação do STF de negar o cabimento de reclamação ou mesmo de agravo de instrumento contra decisões da Presidência dos tribunais que não admitem ou que julgam prejudicados os recursos extraordinários sobre matéria a cujo respeito o Supremo negou existir repercussão geral. Com efeito, são situações inteiramente diferentes. Ao contrário do que ocorre na hipótese objeto da questão de ordem, a existência de repercussão geral é requisito de admissibilidade expressamente previsto na Constituição (art. 102, § 3º) e reproduzido na lei processual (CPC, art. 543-A), para cujo afastamento é exigida votação qualificada de 2/3 dos membros da Corte. Também ao contrário da situação aqui em exame, a decisão do STF que nega a existência repercussão geral tem eficácia *erga omnes* expressamente prevista em lei, segundo a qual ‘a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal’ (CPC, art. 543-A, § 5º), sendo que, nos casos de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, sobrestados na forma do art. 543-B do CPC, ‘negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos’ (§ 2º). Em tal ocorrendo, dispensa-se até mesmo a prolação formal de decisão sobre admissibilidade (Regimento Interno do STF, art. 328-A). Ora, nem essa inadmissão geral e *ex lege*, nem as demais características de que se reveste o instituto da repercussão geral, com base nas quais o STF adotou a orientação antes referida, se fazem presentes na disciplina dos recursos especiais do art. 543-C do CPC. Releva anotar, ademais, que as decisões do STF, que negam a repercussão geral, limitam-se a fazer juízo sobre esse requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, sem, no entanto, julgar o mérito. No caso de recurso especial repetitivo, ao contrário, há julgamento de mérito, de modo que negar, com base no precedente, o acesso ao STJ significa negar, com base em razões de mérito, o cabimento do recurso especial. 6. Por outro lado, ainda que se acolhesse a questão de ordem, para afirmar não ser cabível recurso especial ou agravo de instrumento, é certo que não se poderia estender o requisito negativo de admissibilidade quando o recurso, além de versar matéria julgada nos termos do art. 543-C do CPC, trouxer também fundamento autônomo, por si só apto a reformar ou a anular o acórdão recorrido. É o que ocorre na hipótese objeto da questão de ordem, em que a parte recorrente, além da matéria de mérito, invoca ofensa, pelo acórdão recorrido, ao art. 535 do CPC, o que, se acolhida, leva à nulidade do julgado. E não é difícil imaginar que esta será uma porta larga para acesso ao STJ, mesmo se acolhida a questão de ordem. 7. Aliás, a experiência brasileira tem mostrado que as tentativas de eliminar drasticamente o cabimento de recursos podem produzir resultados contrários aos pretendidos, já que a via recursal acaba sendo substituída por meios alternativos, nomeadamente o do mandado de segurança, o das medidas cautelares ou o da reclamação. No caso em exame, a proposta de substituir o recurso especial ou o agravo de instrumento por agravo interno perante o tribunal local pode, na prática, significar apenas a instituição de um degrau a mais ou um desvio para o próprio recurso especial, a ser interposto contra a decisão colegiada produzida no julgamento do agravo interno. 8. As razões até aqui expostas conduzem, portanto, ao não acolhimento da tese formulada na questão de ordem. Isso não significa menosprezo à necessidade de adotar medidas no sentido de valorizar a evidente e especial eficácia expansiva que decorre dos precedentes do STJ, formados pelo sistema do art. 543-C do CPC. Pelo contrário, é indispensável que tais precedentes sejam imunizados contra ataques infundados ou meramente protelatórios, sob pena de tornar letra morta os preceitos normativos que revestiram ditos precedentes de autoridade superior. Importa salientar, a esse respeito, que legislação processual contempla mecanismos processuais aptos a frear, em boa medida, a indevida e abusiva interposição de recursos, mecanismos esses cuja aplicação está especialmente justificada em relação a recursos especiais contrários aos precedentes do STJ em recursos repetitivos. Refiro-me de modo especial às sanções de natureza pecuniária a que está sujeito o recorrente, seja quando agrava da decisão monocrática que rejeita seu recurso (CPC, art. 545 e art. 557, § 2º), seja quando insiste em formular pretensões ou deduzir argumentos sabidamente insubsistentes ou meramente protelatórios (CPC, arts. 14, III e 17, VII). Apreciando questão de ordem no REsp 1.025.220, Min. Eliana Calmon, DJe de 20.04.09, a 1ª Seção considerou ser esse – e não a inadmissão do recurso – o meio adequado para preservar a autoridade do precedente em recurso repetitivo. A utilização rigorosa desse instrumento inibitório certamente concorrerá para realçar a importância e o significado que os precedentes devem merecer à luz do sistema previsto no art. 543-C do CPC. É o que vem ocorrendo no âmbito da 1ª Seção e de suas Turmas (...). 9. Com essas considerações, *voto pela rejeição da proposta formulada na questão de ordem. É o voto*”.

ou selecionado o recurso especial para julgamento na forma do art. 543-C do CPC, o posterior *pedido de desistência* da parte recorrente não impede que a tese jurídica seja apreciada, diante do *interesse público* que envolve o tema (servir de guia para todos os casos semelhantes pendentes de decisão).²⁶⁵ Neste ponto, deve-se salientar que esta decisão do STJ exterioriza sua “*função nomofilática*”, de produzir precedentes para serem seguidos pelos demais juízes e tribunais pátrios, típica de um sistema jurisdicional *vinculante*, conforme, aliás, tem enfatizado a doutrina italiana que apreciou o “recurso no interesse da lei” previsto no CPC italiano e espanhol, segundo o qual a Corte de Cassação poderá decidir uma causa (*no interesse da lei*) mesmo que a parte não tenha interposto recurso (v. *supra*, nossas considerações sobre o tema).²⁶⁶ Bem se vê que aqui como no direito estrangeiro está-se deixando de lado os interesses recursais particulares das partes para firmar-se uma *tese de direito* que possa ser uniformemente seguida pelos demais tribunais, fazendo uso da forte *natureza expansiva ou transcendente* dos precedentes das cortes superiores.

O caráter *vinculativo* das decisões proferidas pelo STJ pode ser sentida também na seara dos *Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Com efeito, a falta de previsão de cabimento do *recurso especial* na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) impedia que os acórdãos das Turmas Recursais em desconformidade com a jurisprudência STJ fossem reformados, criando uma *situação constitucionalmente inadequada*, em virtude da missão exercida pelo STJ à luz da competência instituída pelo art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88. Quer dizer, ao passo que os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais estavam subjugados às orientações daquela alta Corte, contraditoriamente as Turmas desses Juizados de pequenas causas poderiam decidir ao seu bel prazer, sem influência direta dos precedentes do STJ, em vista da *inadmissão* do recurso especial

²⁶⁵ “É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ” (QO no REsp 1.063.343/RS, Corte Especial, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 17/12/2008, www.stj.jus.br).

²⁶⁶ Aliás, no julgamento da Questão de Ordem 1.063.343/RS supra-citada, o Ministro Aldir Passarinho chegou a propor uma fórmula muitíssimo similar ao “recurso no interesse da lei” dos sistemas italiano e espanhol. De acordo com o Ministro Aldir, para que o direito da parte (de desistir do recurso) fosse preservado, a Corte deveria julgar o mérito do recurso repetitivo, extraindo daí a regra legal aplicável a todos os demais casos, e logo depois homologar a desistência do recurso tal como requerido pelo recorrente: “Sr. Presidente, peço vênia para manter a proposta original da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi, ou seja, julgar-se o mérito e depois homologar a desistência, para conciliar as duas questões, até porque meu voto é exatamente nesse sentido da separação dos interesses público e particular”. Calha observar que, como dito, a proposta original mencionada fora realmente abandonada pela Ministra Nancy, a qual, posteriormente, entendeu que, afetado o recurso para julgamento em sede de recurso repetitivo, é simplesmente proibida a desistência, votando neste sentido na condição de Relatora (tese que saiu majoritariamente vencedora). De toda forma, vale informar que o “voto-vencido, em parte” do Ministro Aldir contou com a adesão dos Ministros Eliana Calmon, Francisco Falcão e Laurita Vaz.

contra suas decisões colegiadas, o que violava o princípio da unidade da interpretação da lei federal e, por conseguinte, o tratamento igualitário que deve conferir aos jurisdicionados (i.e., as mesmas teses de direito eram decididas de forma absolutamente divergentes pelos tribunais).²⁶⁷ Portanto, com o intuito de contornar tal discrepância, passou-se a admitir, excepcionalmente, a *Reclamação* ao STJ na qualidade de sucedâneo recursal, objetivando *obrigar* que os magistrados das Turmas Recursais dos Juizados *acompanhem* os precedentes sedimentados daquele Tribunal Superior para garantir sua função constitucional de *último intérprete* da lei federal.

Interessa notar, sobre o tema, que o cabimento dessa Reclamação advém de uma *exegese teleológica* do art. 105, I, “f”, da Constituição Federal, conforme acórdão neste sentido proferido pelo STF,²⁶⁸ diante do retrocitado “*erro de percurso*”, consistente na atribuição de uma competência a uma corte de superposição com finalidade pacificadora da interpretação da legislação federal que, *paradoxalmente*, não vinha sendo respeitada no âmbito dos Juizados Especiais pátrios e suas respectivas Turmas Recursais, diante da ausência de um órgão uniformizador que pudesse corrigir esse problema.²⁶⁹ Fundado neste precedente, o Superior Tribunal de Justiça editou a *Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009*, por meio da qual começou a *cassar* pela via correcional da Reclamação os julgados das Turmas Recursais dos Juizados Especiais de todo o país que afrontem sua jurisprudência reiterada e sedimentada (cf. art. 2º da Resolução 12/09 do STJ, editada para

²⁶⁷ Isso criava um “desconforto” ao STJ, como bem esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves, lembrando que as Turmas Recursais, que tampouco estrutura de tribunais possuem, acabavam por dar a última palavra sobre a interpretação do direito federal. À época, relata Daniel Amorim, para contornar tal situação sugeriu-se um “incidente de uniformização”, a exemplo daquele que se tem nos Juizados Federais, mas que não chegou a ser admitido pelo Pleno do STJ. Assim, a solução veio do STF, que acabou por “criar” a reclamação no âmbito do STJ, para que este possa fiscalizar as decisões das Turmas Recursais contrárias à sua jurisprudência, o que, segundo Amorim, merece aplausos, apesar do contorno interpretativo (v. *Ações Constitucionais*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pp. 313-315).

²⁶⁸ Confira-se o trecho da ementa desse julgado: “(...) 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que *aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional*, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. *Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la*. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, *em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional*” (ED no RE 571.572-8/BA, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, m.v., j. 26/08/2009, www.stf.jus.br).

²⁶⁹ Neste sentido, a Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, veio com previsão adequada para evitar impor o respeito aos precedentes do STJ – v. art. 14, § 4º.

disciplinar a matéria), desde que alusiva a *direito material*.²⁷⁰ Trata-se, em conclusão, da aplicação de um instrumento típico de controle de decisões *vinculantes* (!) no âmbito do STJ, evidenciando a força obrigatória da sua jurisprudência e a necessidade de respeitá-la em nome da coerência do direito e da segurança jurídica.²⁷¹

Finalmente, lembramos que os próprios tribunais ordinários, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, começam a aceitar a jurisprudência do STJ como *norte obrigatório* de seus julgamentos, *abdicando de competências institucionais* em prol daquela última ditada pela CF a favor do STJ. A demonstrar tal fato, recentemente o Órgão Especial do TJ/SP manifestou não poder conhecer de incidente de uniformização de jurisprudência, acerca da aplicação de determinado dispositivo processual controvertido, sob o fundamento de que a exegese definitiva já havia sido elaborada pela Corte Especial do STJ e, sendo assim, de nada valeria, notadamente em termos práticos, a decisão que viesse a ser tomada pelo TJ/SP em tal incidente.²⁷²

Os fundamentos acima indicam que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça detêm uma destacada *função expansiva* e possuem um *efeito obrigatório* em relação aos demais órgãos judiciários. A despeito disso, é importante registrar, *de lege ferenda*, a pendência de votação da Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 358, disciplinando a *súmula impeditiva de recursos* ao Superior Tribunal de Justiça,²⁷³ a qual irá reafirmar os

²⁷⁰ Não se admite a reclamação contra o julgado da Turma Recursal quando a questão de fundo é de cunho meramente *processual*: v. Recl. 4.278/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 05/05/2011, www.stj.jus.br.

²⁷¹ Cf. Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 499.

²⁷² Confira-se trecho do julgado: “Fixada a interpretação da norma federal pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça deixa de existir o interesse público deste Órgão Especial em processar e uniformizar o entendimento de suas Seções sobre o mesmo tema. Por primeiro, é manifestamente desnecessário processar a uniformização para fixar a mesma tese já definida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Por segundo, é manifestamente inadequado conduzir-se este Órgão Especial a uniformizar jurisprudência interna de forma manifestamente divergente à manifestação daquele Colendo Pretório. Com efeito, com a promulgação da Constituição de 1988, foi criado o Colendo Superior Tribunal de Justiça com a finalidade específica de uniformizar a interpretação da lei federal (art. 105, III, ‘c’) conferindo-lhe o poder de conhecer e deferir reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (art. 105, I, ‘f’). Tal função pertencia ao Colendo Supremo Tribunal Federal (arts. 330/336 do RISTF) e foi outorgada ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, que, neste ponto, passou a ser a mais alta Corte”. (Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 990.10.146885-9, Órgão Especial do TJ/SP, Rel. Des. Laerte Sampaio, m.v., j. 04/05/2011, www.tjsp.jus.br).

²⁷³ Assim está redigida a proposta original: “Art. 105-A. O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada originariamente perante o Superior Tribunal de Justiça por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º São insuscetíveis de recurso e de

rumos da eficácia de seus julgados, pois, presume-se, a partir daí serão cabíveis *reclamações* contra as decisões que processarem recursos interpostos contra sentenças ou acórdãos fundados nas súmulas editadas nesse novo formato. A aprovação dessa Emenda Constitucional reforçará, por outro lado, a necessidade de se admitir a prospecção da eficácia dessas novas “súmulas vinculantes” pelo STJ, para garantir a ordem social e a segurança jurídica – seguindo o exemplo do que já existe em relação aos enunciados vinculantes editados pelo Supremo Tribunal Federal (art. 4º da Lei 11.417/2006).²⁷⁴ No mesmo contexto de reformas legislativas, o Pleno do STJ aprovou uma *proposta de instituição da repercussão geral no âmbito do Superior Tribunal de Justiça*, que objetiva, a exemplo do que ocorre com o recurso extraordinário, impor um filtro para a apreciação dos recursos especiais. A proposta, no formato enviado ao Congresso,²⁷⁵ dá mostras de uma fortíssima *tendência de objetivização do recurso especial e da capacidade expansiva da jurisprudência do STJ, além do caso julgado*.

Portanto, o que se nota dessa sumária análise acima elaborada, é que cada vez mais se atribui aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça uma força valorativa além da “persuasão” de outrora indicada pela doutrina (*precedente com eficácia impositiva intermediária*). Nesse cenário acima delimitado, a jurisprudência do STJ passa a receber uma *carga de vinculação senão idêntica muito próxima do precedente legalmente vinculante*.²⁷⁶ Vale notar, aliás, que os recursos que estão a desafiar a orientação pacificada do STJ, quando são submetidos a este órgão – porque não foram, de alguma forma, filtrados –, são liminarmente indeferidos e apenados com severas multas processuais, pois reputados meramente protelatórios,²⁷⁷ isto sem contar que o STJ tem *suspendido*

quaisquer meios de impugnação e incidentes as decisões judiciais, em qualquer instância, que dêem a tratado ou lei federal a interpretação determinada pela súmula impeditiva de recurso.”

²⁷⁴ A jurisprudência vinculante ao STJ é também considerada no Projeto do Novo CPC e em larga escala no relatório da Câmara dos Deputados (v. Capítulo 4.3.4, *infra*).

²⁷⁵ Conforme notícia publicada pelo Informativo do STJ, em 05 de março de 2012 (v. www.stj.jus.br).

²⁷⁶ Cruz e Tucci diz que os precedentes dos tribunais superiores, em virtude do § 1º-A do art. 557 do CPC, possuem efeitos “quase” vinculantes (*op. cit.*, p. 261). Em sentido similar, v. Nelson Nery Jr. (“Boa-fé objetiva e segurança jurídica”, *op. cit.*, p. 97).

²⁷⁷ A título meramente exemplificativo, confira-se, em tal sentido, esta ementa de julgado do STJ: “(...) 2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a ação de consignação em pagamento é via inadequada para forçar a concessão de parcelamento e discutir a exigibilidade e a extensão do crédito tributário. Precedentes. 3. Há pelo menos cinco anos foi firmada a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ‘[o] deferimento do parcelamento do crédito fiscal subordina-se ao cumprimento das condições legalmente previstas. Dessarte, afigura-se inadequada a via da ação de consignação em pagamento, cujo escopo é a desoneração do devedor, mediante o depósito do valor correspondente ao crédito, e não via oblíqua à obtenção de favor fiscal, em burla à legislação de regência’ (REsp 554.999/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU 10.11.2003). 4. Em razão da longevidade do entendimento da Corte Superior, tem-se, aqui, caso em que o recurso especial tem nítido propósito protelatório, o que atrai a aplicação dos arts. 17 e 18 do CPC 5. Aplicação do decidido no REsp 979.505/PB, Segunda Turma, de minha relatoria, j. 26.8.2008: multa por litigância de má-fé pela interposição de recurso especial, o qual funciona, na hipótese, unicamente como obstáculo do qual a parte lança mão para prejudicar o andamento do feito. Incidência dos arts. 17 e 18

liminarmente os efeitos de decisões recalcitrantes que desafiem sua jurisprudência consolidada,²⁷⁸ o que redundará na criação de uma *ineficácia sentencial* similar à chamada “coisa julgada inconstitucional” prevista no art. 475-J, § 1º, do CPC, em relação às sentenças que confrontam os julgados do STF.

Assim, indubitavelmente os resultados da decisão do Superior Tribunal de Justiça *transcendem às partes* do processo onde ela foi proferida, máxime se ela vier da sua Corte Especial e/ou das respectivas Seções na apreciação de Embargos de Divergência. Isto nos permite afirmar que a diferença elementar entre a força da jurisprudência do STF e do STJ fica por conta das *sanções* que são impostas aos demais órgãos do Judiciário no tocante ao descumprimento dos seus respectivos pronunciamentos; enquanto o desrespeito aos julgados vinculantes do STF impõe, em certos casos, a responsabilidade *pessoal* da autoridade recalcitrante nas esferas cível, administrativa e penal (art. 9º, Lei 11.417/06), a desconsideração dos precedentes do STJ pelos demais órgãos pode gerar uma penalidade processual às partes recorrentes, nada mais. Não obstante, em ambas as situações, notadamente quando se está no cerne de um processo judicial, a parte que pretende fazer predominar a orientação do tribunal superior tem que lançar mão de *remédios processuais*, seja a *reclamação* ao STF ou o *recurso especial* ao STJ, oportunidade em que, verificada a

do CPC. 6. Recurso especial não-provido, com aplicação das conseqüências previstas no art. 18 do CPC e expedição de ofício para a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil competente para que sejam apuradas as condutas do patrono da parte recorrente” (REsp. 1.020.982/RS, 2ª Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 09/12/2008, www.stj.jus.br).

²⁷⁸ Em setembro de 2012 o STJ publicou matéria relatando decisão liminar da Min. Laurita Vaz suspendendo decisão de juiz que se recusou expressamente a aplicar súmula do STJ, *in verbis*: “A ministra Laurita Vaz concedeu liminar em *habeas corpus* contra decisão de juiz que se recusou expressamente a aplicar a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). ‘No caso, é nítida a afronta do juízo de primeiro grau e do tribunal de origem aos posicionamentos deste Superior Tribunal, o qual, ao editar a súmula mencionada, pacificou seu próprio entendimento acerca da controvérsia e cumpriu seu relevante papel de unificador da interpretação das leis federais’, afirmou a ministra. (...) A liminar concedida pela ministra Laurita Vaz determina que o réu seja imediatamente colocado no regime semiaberto, até o julgamento de mérito do *habeas corpus* pela Quinta Turma. ‘Relembre-se ao magistrado de piso e à corte de origem que a edição de súmulas é apenas o último passo do longo processo de uniformização da jurisprudência, o que se dá após inúmeras discussões e divergências acerca do sentido e alcance de dispositivos dentre os próprios ministros, em diversos órgãos julgadores’, advertiu Laurita Vaz. A ministra esclareceu que o acolhimento de posições pacificadas ou sumuladas pelos tribunais superiores ou pelo STF – vinculantes ou não – está longe de significar um ‘engessamento’ dos magistrados de instâncias inferiores. ‘O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de superposição’, ponderou. (...) Para Laurita Vaz, com esse tipo de decisão, as jurisdições anteriores desprestigiam o papel do STJ de unificar a jurisprudência dos tribunais brasileiros, contribuem para o aumento da sobrecarga de processos na corte superior e promovem grande descrédito à atividade jurisdicional como um todo. ‘Por isso, devem os julgadores de hierarquia jurisdicional ínfima compreender que, neste Superior Tribunal de Justiça, onde apenas dez ministros têm a hercúlea tarefa de julgar *habeas corpus* impetrados contra tribunais de apelação de todo o país, a contraproducente proliferação de decisões contrárias aos posicionamentos desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é um grande e grave fator – desnecessário – a concorrer para a demora na concretização da prestação jurisdicional, causada pelos próprios juízes das instâncias antecedentes’, concluiu a ministra” (www.stj.jus.br).

resistência ilegítima da decisão atacada e estando preenchidos os pressupostos básicos de admissibilidade de uma ou outra via, haverá a imediata *cassação* da decisão desconforme. Veja-se: as diferenças, de um ponto de vista sistemático, estão *no específico*, tal como a celeridade de um ou de outro remédio para salvaguarda da tese jurisprudencial; mas, *em sentido amplo*, tanto os precedentes do STJ, como aqueles emanados do Excelso Pretório, encontram-se, ambos, situados em um *patamar muitíssimo acima da mera capacidade persuasiva*.²⁷⁹

Postas tais observações, concluímos que os julgados advindos do STJ, na atual sistemática processual-constitucional, podem ser qualificados como “precedentes *vinculantes*”, embora com menor eficácia em razão de inexistir, em alguns casos, um regramento específico para que essa imposição possa atuar de uma forma *imediata*, para não dizer, em outras palavras, *processualmente facilitada*.²⁸⁰ São, assim, em nosso ver, os precedentes do STJ, “precedentes vinculantes atípicos”.

Essa constatação acima nos levar a afirmar, conseqüentemente, que a jurisprudência dos tribunais de superposição apresenta uma “faceta criativa” ainda mais nítida em virtude de sua carga vinculante, a exigir que seu tratamento, quanto aos efeitos temporais, seja aproximado daquele atribuído às leis federais, cuja retroação é proibida para não prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), conceitos estes que exteriorizam o princípio da segurança jurídica.

3.4.4. Jurisprudência dos tribunais superiores e princípios constitucionais.

3.4.4.1. Segurança jurídica e irretroatividade do direito jurisprudencial.

A segurança jurídica, tal como vem sendo definida pela doutrina, tem o sentido de externar a proteção dos direitos subjetivos diante das mutações formais do direito posto (sucessão das leis no tempo). Representa, em sentido amplo, a “*garantia de estabilidade e*

²⁷⁹ A doutrina, em geral, não parece divergir dessa conclusão; Nelson Nery Jr., por exemplo, lembra que as súmulas não vinculante do STF são seguidas por todos, o mesmo ocorrendo com as decisões do STJ e do TST. Via de regra, “difícilmente o juiz deixa de seguir o preceituado em súmula de tribunal superior, raciocínio também válido para os precedentes jurisprudenciais que não integram a súmula” (*Efeito Ex Nunc, op. cit.*, p. 90).

²⁸⁰ Marinoni faz uma profunda crítica aos juízes de instância inferior que insistem em desobedecer os precedentes do STJ, afirmando que essas decisões recalcitrantes são *inconstitucionais*; só se infringe uma orientação jurisprudencial do STJ com motivos fortes expostos mediante distinção devidamente esclarecida. Isto porque, ainda segundo Marinoni, “é tranquilamente possível, em termos lógicos, sustentar que *as decisões do Superior Tribunal de Justiça devem ter efeito vinculante* sobre os juízes e tribunais estaduais e federais”, a partir de uma exegese do art. 105 da CF (v. *Precedentes Obrigatórios, op. cit.*, pp. 98-99 e 492).

certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu”.²⁸¹ Em outras palavras, o postulado está a enunciar “o imperativo da garantia da certeza da ordem jurídica, nas suas dimensões de estabilidade, coerência e igualdade, permitindo aos cidadãos organizarem a sua vida individual, relacional e coletiva, no respeito pela *previsibilidade* ou *calculabilidade* normativa de expectativas de comportamento e consequencialidade nas respectivas ações”.²⁸²⁻²⁸³

A segurança jurídica, com tais contornos, tem *fundamento constitucional*, conforme reconhecem os juristas, uníssonos sobre o tema, encontrando sua máxima expressão no preceito contido no inc. XXXVI do art. 5º da Constituição,²⁸⁴ conforme ensina José Afonso da Silva: “a temática, aqui, liga-se à sucessão das leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da *segurança jurídica*, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos. A segurança jurídica consistente no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”.²⁸⁵

De fato, embora não se ignore que a doutrina majoritária vem posicionando a segurança jurídica como um princípio constitucional *implícito*, pois ele não estaria expresso no texto da Carta Política (para essa corrente, sua formulação advém do § 2º do art. 5º da CF, que abrange os direitos e garantias fundamentais, que decorrem do regime do Estado Democrático de Direito e dos princípios por ele postados²⁸⁶), uma análise

²⁸¹ Cf. José Afonso da Silva, “Constituição e Segurança Jurídica”, in *Constituição e Segurança Jurídica*, op. cit., p. 17 e 19.

²⁸² Cf. Carlos Blanco de Moraes (op. cit., pp. 284 e 285), fundado nas lições de Corsale, Radbruch e Pérez Luño.

²⁸³ Lançando mão das explicações da doutrina de Canotilho, pode-se então dizer que o princípio da segurança jurídica, no qual se insere o da confiança legítima, constituem elementos do Estado de Direito, já que o homem deles necessita para conduzir, organizar e conformar responsavelmente sua vida. Assim, “o princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam aos efeitos jurídicos previstos e prescritos por estas normas. As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 250).

²⁸⁴ “XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

²⁸⁵ *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 133.

²⁸⁶ Cf. Regina Maria Macedo Ferrari, citando a doutrina de Carlos Ari Sundfeld, Roque Antonio Carazza entre outros no mesmo sentido (op. cit., p. 216). De fato, segundo Roque Carrazza: “o princípio da segurança

conjectural da Constituição consolida a segurança jurídica na condição de *princípio inequívoco*, nos termos das lições do Professor Humberto Ávila, *in verbis*: “o exame da estrutura constitucional demonstra que a segurança jurídica é princípio positivo inequívoco da CF/88, já que esta última a protege diretamente, ao ‘assegurar a segurança’ como ‘direito’ e como ‘valor’ ou ao reger a sua eficácia reflexiva por meio da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, e, indiretamente, ao prever comportamentos cuja adoção promove os ideais da *calculabilidade* e da *confiabilidade* que compõem a segurança jurídica ou ao estabelecer ideais, amplos, restritos ou específicos, cuja realização pressupõe ou implica a existência desses mesmos ideais (...)”.²⁸⁷

Seja qual for a posição principiológica da segurança jurídica no sistema constitucional, a verdade é que é ela que expressa um “*dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da Justiça e, mais recentemente, do bem-estar social*”, designando um conjunto abrangente de ideias e conteúdos, dentre os quais: (i) *a confiança nos atos do Poder Público*, que deverão reger-se pela *boa-fé* e pela razoabilidade; (ii) *a estabilidade das relações jurídicas*, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; e (iii) *a previsibilidade de comportamentos*, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados.²⁸⁸

Assim, no momento em que se dispõe a respeito da segurança jurídica, visa-se ao ideal de garantia da “estabilização” das relações ocorridas antes do “fato novo”, de forma que o preceito em questão está intimamente ligado à ideia de “segurança como confiança”. Alude-se aqui, portanto, à vertente mais marcante desse postulado, que tem como norte a “exigência de previsibilidade do direito”, abrangente dos princípios da não-retroatividade, da proteção dos direitos adquiridos e da estabilidade das relações contratuais, consoante os ensinamentos de Flávio Luiz Yarshell: “O tema da segurança jurídica é desdobramento do princípio e direito de segurança *tout court*. Segundo a doutrina que dele se ocupou, a segurança jurídica tem duas vertentes: uma, a da ‘qualidade do direito’; outra, a da ‘exigência de previsibilidade do direito’, que, de seu turno, abrange os princípios de não-retroatividade, de proteção de direitos adquiridos e de estabilidade das relações contratuais. O princípio, ao que se registra, tem origem no direito germânico, adotado pelo direito comunitário e hoje consagrado nos países europeus, sobretudo França e Itália. O princípio

jurídica hospeda-se nas dobras do Estado Democrático de Direito, consagrado já no art. 1º da Constituição Federal, e visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas” (*op. cit.*, p. 43).

²⁸⁷ Cf. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, *op. cit.*, p. 671.

²⁸⁸ Cf. Luís Roberto Barroso, “Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil”, *in Constituição e Segurança Jurídica*, *op. cit.*, p. 139 e 140.

da confiança legítima constitui expressão da exigência da previsibilidade imposta pelo princípio de segurança jurídica”²⁸⁹⁻²⁹⁰

É nesse contexto de ideias, portanto, que se insere a modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de legalidade elaborado no cerne da jurisdição comum (infraconstitucional).

Com efeito, na medida em que os precedentes dos tribunais constitucionais se apresentam no formato de produto inovador do direito posto, dado que o processo interpretativo das leis nisso deságua, é inevitável a preocupação sobre os reflexos (retroativos ou não) dessa interpretação normativa (atipicamente vinculante, assim vimos), que poderá prejudicar a segurança jurídica notadamente sob a vertente da “previsibilidade do direito”. Ademais, nas citadas hipóteses de *reversão jurisprudencial*, o problema da retroatividade tem peculiar importância, pois em tais casos o cidadão teve seu comportamento valorado em jurisprudência anterior – revogada –, na qual se orientou por vários anos, mas que, posteriormente, veio a ser abruptamente modificada pelo tribunal superior, dando ensejo, por conseguinte, a uma *quebra da confiança*,²⁹¹ o que viola a *boa-fé* na condição de princípio constitucionalmente garantido e enseja a prática de proibitivo *venire contra factum proprium* pelo Estado-Juiz.²⁹²

²⁸⁹ *Ação Rescisória – Juízos Rescindente e Rescisório*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 249.

²⁹⁰ Depois de registrar as decisões da Corte Constitucional de seu país que inclui o princípio da confiança no basilar princípio do Estado de Direito, relata Karl Larenz que “o princípio da confiança é um princípio imanente à nossa ordem jurídica, que, dentro dos limites que em cada caso se lhe assinarem, pode almejar a ser tido em conta em todos os ramos do Direito” (*Metodologia, cit.*, p. 603).

²⁹¹ V. Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 482.

²⁹² Em parecer sobre o tema da modulação em ação rescisória, Nelson Nery Junior advertiu sobre a necessidade de se obedecer o princípio da boa-fé, que se encontra garantido pela Constituição Federal, como forma de se evitar os efeitos danosos das alterações jurisprudenciais. Outrossim, alude o jurista ao problema do *comportamento contraditório* que é ditar uma regra jurisprudencial e depois abandoná-la como se ela nunca tivesse existido. Nesse passo, Nery destaca que “*deve a Administração Pública pautar-se pela boa-fé objetiva em suas condutas*, já que o estado democrático de direito, a segurança jurídica, a solidariedade, a legalidade e a moralidade administrativa, das quais decorrem a boa-fé objetiva e a proibição de *venire contra factum proprium*, são princípios positivados na CF 1º, 3º, I, 5º, *caput*, e XXXVI e 37, *caput*, que vinculam indisputavelmente o Poder Público. Isto significa que o Poder Público deve ser coerente em suas condutas e, se propiciou ao administrado a segurança de que ele poderia praticar determinado ato ou ter determinada conduta porque ao ver do Estado estaria correta, não pode de modo abrupto e incoerente com sua conduta anterior modificar seu entendimento em detrimento do administrado” (“Nova Interpretação Jurisprudencial – descabimento de rescisória”, in *Soluções Práticas de Direito*, vol. I, direito público, São Paulo, RT, 2010, pp. 1052-1053). Marcus Abraham, em defesa da modulação decisória no STJ, igualmente registra que os juristas têm, de fato, associado a necessidade de preservação da confiança à teoria da aparência e à proibição do *venire contra factum proprium* (Claus-Wilhelm Canaris). A confiança legítima garantiria as situações aparentes, contra mudanças contraditórias, constituídas mediante declarações, documentos idôneos ou comportamentos concludentes, tornando-se instrumento para garantir a coerência e previsibilidade do presente, antes os antecedentes alternativos do passado e das diversas possibilidades do futuro. A confiança dá amparo às atitudes de uma parte que toma como base as ações que espera coerentemente de outra, tomando decisões acreditando que as suas expectativas darão ensejo às consequências esperadas; assim, transportando os princípios utilizados na seara privada à pública, o princípio da proteção da confiança no

Diante disso, principalmente em nome da segurança jurídica, a qual pressupõe a *certeza do direito e a confiança na consolidação dos fatos e do direito*, a teoria da irretroatividade das leis estende-se para albergar, em certos casos, a própria jurisprudência emanada dos tribunais superiores; nesse senso, propõe-se seja a expressão “lei” compreendida como sua “*inteligência em determinado momento*”, pois o direito “revela-se”, não nasce “pronto”, conforme ensina Tercio Sampaio Ferraz Jr., arrematando: “a irretroatividade é, assim, *do Direito* e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto [i.e., da decisão judicial]”.²⁹³

A mesma interpretação é defendida pelo Professor Roque Carrazza, amparado nos ensinamentos de Miguel Reale, segundo o qual “norma jurídica” é *texto interpretado* (ou seja, *textos*, a cujos enunciados a atividade hermenêutica judicial confere *significados*), diante do que está a sustentar “*que é mais importante a irretroatividade da jurisprudência, que das próprias leis*”.²⁹⁴ E, ao assim manifestar seu entendimento, faz coro com outros juristas não menos renomados que estão a defender uma *abrangência teleológica* ao inciso XXXVI do art. 5º da CF, pois aqui a Carta, ao adotar a terminologia “lei”, *dixit minus quam voluit*, mesmo porque se o direito pudesse retroagir, estariam sendo desrespeitados a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada: o direito e as normas jurídicas em sentido lato, nas quais se incluem os precedentes dos tribunais de último grau, igualmente sofrem idênticas restrições no tocante à sua capacidade de retroagir.²⁹⁵

Compartilhando de tais fundamentos, Misabel Abreu Machado Derzi salienta em outros termos ser irrefutável, após uma análise do sistema, que a mesma técnica e os mesmos critérios que orientam a aplicação do princípio da irretroatividade das leis devem também orientar o princípio da *irretroatividade dos precedentes*, mormente diante de

direito público passou também a garantir os cidadãos contra declarações e comportamentos contraditórios ou expectativas criadas pelo Estado-Juiz (*op. cit.*, p. 90).

²⁹³ *Op. cit.*, p. 11. Tércio explica tal constatação a partir do que, em seu ver, é a lei: “sendo o ordenamento um sistema dinâmico e as leis emanadas pelo Legislativo, via de regra, um comando geral que comporta mais de uma possibilidade interpretativa, é preciso entender que a irretroatividade das leis refere-se *à lei conforme uma de suas interpretações possíveis*” (*idem, ibidem*). E prossegue aludindo ao *overruling* jurisprudencial: “Essa interpretação adotada pode ser alterada e, com isso, a lei, em termos do seu sentido, se altera” (*idem, ibidem*). Dentre tantos, no mesmo sentido, o fundado artigo de Estêvão Mallet (“A Jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?”, *loc. cit.*, p. 73).

²⁹⁴ Cf. Carrazza, *pp. cit.*, p. 64. As lições mais recentes dos estudiosos não discrepam dessa ideia, conforme se infere da tese de Sergio Nojiri, *in verbis*: “o juiz, ao decidir, cria uma norma jurídica individual, inovando o sistema normativo. Dessa forma, é possível verificar que, ao interpretar e aplicar a norma geral e abstrata ao caso individual e concreto, o juiz não apenas declara o conteúdo já expresso (e talvez oculto) anteriormente na lei, mas atribui-lhe um significado ao interpretar. Não se trata de uma atividade meramente declaratória, mas constitutiva. Nessa linha de raciocínio, concordo com aqueles que afirmam que a norma jurídica somente surge após o ato interpretativo, sendo produto do processo de interpretação” (*op. cit.*, p. 137).

²⁹⁵ Cf. Nelson Nery Jr., “Boa-fé e segurança jurídica”, *op. cit.*, p. 105.

variações jurisprudenciais.²⁹⁶⁻²⁹⁷ Ou seja, na medida em que o precedente pode apresentar-se com *status* de fonte de direito, faz-se necessário apresentar mecanismos jurídicos que permitam amenizar os reflexos negativos da *instabilidade* desse precedente no momento em que ele vier a ser alterado, utilizando a modulação judicial para preservação da segurança jurídica e a boa-fé do jurisdicionado que lastreou sua vida na esperança de que o precedente não viesse a ser subitamente alterado e ainda retroagir; isto é, adaptar os efeitos de certas decisões judiciais – inclusive na jurisdição infraconstitucional exercida pelo STJ – é providência imperiosa dentro de um Estado de Direito.²⁹⁸

Aliás, cabe aqui um parêntese para recordar que, em termos de direito intertemporal, retroação poderá existir apenas para *beneficiar*, a exemplo do que ocorre com o réu no processo criminal (art. 5º, XL, CF c/c art. 2º, CP). Fazendo um paralelo, percebe-se que, inegavelmente, a retroatividade *ab initio* de uma “regra nova” só é admitida quando ela for *salutar* ao sistema, nunca o contrário ! E a declaração judicial considerada “regra nova” não pode interagir de modo diferente na sociedade. Daí por que a doutrina que tem estudado os impactos dos precedentes com força criativa em face da segurança jurídica indica haver a *proibição de uma “jurisprudência retroativa agravante”*, como forma de proteger a tutela da confiança na jurisprudência dos tribunais.²⁹⁹

Destarte, o que se pode inferir dessa resumida análise é que a incidência do preceito constitucional acima comentado – art. 5º, XXXVI –, posto que de forma *analógica*,³⁰⁰ é fundamento mais do que suficiente para, *hoje*, facultar ao tribunal superior, *no cerne da jurisdição infraconstitucional*, a adoção de uma política judiciária voltada a preservar de

²⁹⁶ *Op. cit.*, p. 595. Arrematando, a Professora Titular da UFMG conclui adiante: “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” (*p. cit.*, p. 595). Sobre isto, ver ainda Estêvão Mallet: “a jurisprudência que se acha assente e sedimentada, tanto mais a dos tribunais superiores, especialmente aquela compendiada em verbetes publicamente divulgados, cria expectativas, produz confiança, induz comportamentos” (*op. cit.*, p. 74).

²⁹⁷ No mesmo rumo, Bustamante: “A primeira regra para se aplicar o *prospective overruling* deve ser, portanto, a *sinceridade*. Em qualquer caso, os tribunais não devem simplesmente negar o caráter normativo e constitutivo dos regramentos que eles estabelecem, os quais podem assumir dimensões significativas quando precedentes vinculantes ingressam no ordenamento jurídico. (...) a superação de um precedente estável e vinculante (ou mesmo de um precedente ‘quase-vinculante’ estabelecido em termos gerais pelas cortes mais altas) pode ser vislumbrada como o equivalente ao estabelecimento de um novo enunciado legislativo, pois os efeitos de ambos são muito semelhantes na prática. Parece um tanto incoerente sustentar que toda nova legislação necessariamente tem efeitos prospectivos e, ao mesmo tempo, que o novo Direito judicial, com efeitos vinculantes (ou ‘quase vinculante’) e *erga omnes*, somente terá efeitos retrospectivos” (cf. Thomas Bustamante, *Teoria do Precedente Judicial*, *op. cit.*, p. 463).

²⁹⁸ Cf. Marcus Abraham, “Modulação dos Efeitos em Caso de Alteração da Jurisprudência Tributária Dominante”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 193, p. 92.

²⁹⁹ V. Abraham, citando Klaus Tipke e Heleno Torres (*cit.* p. 90).

³⁰⁰ Cf. Dinamarco, “Modulação dos efeitos”, *op. et. loc. cit.*, p. 63.

um modo geral a ordem social, restringindo os reflexos “retroperantes” de alguns de seus pronunciamentos (i.e., aqueles que afetarem com alto grau de gravidade a segurança jurídica, nos sentidos delineados no início deste capítulo).³⁰¹

3.4.4.2. Retroatividade do precedente e princípio da proporcionalidade.

A questão ora *sub examine* merece ser vista sob a vertente do *princípio da proporcionalidade*, o qual tem correlação íntima com a irretroatividade do novo direito. Inequivocamente, há de se buscar um *ponto de equilíbrio*, a partir de *juízos de ponderação*, com vistas a dizer, em cada caso concreto, se a regra que impõe a *aplicação objetiva do direito* mediante a retroação do precedente judicial poderá ou não prejudicar outros valores constitucionais importantes.³⁰²

Com efeito, o denominado “princípio da proporcionalidade” (ou da “proibição do excesso”), explica Canotilho, está intimamente ligado à *razoabilidade*, expressada nos séculos XVII e XIX através da ideia britânica do *manifest reasonableness*, que se deflagrou por todos os ordenamentos europeus. Trata-se, *grosso modo*, de um controle de *natureza equitativa*, com vistas à realização do bem maior da *Justiça*.³⁰³ Por isso a doutrina brasileira vem elevando a “proporcionalidade” em si mesma a um princípio de *natureza constitucional*, diretamente resultante do Estado de Direito, presente no art. 1º da Constituição, porquanto é forma *impor o “uso moderado do poder”*.³⁰⁴ Ademais, “quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, *atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica*”, a partir do que se conclui que o princípio da proporcionalidade está, de fato, “*positivado* em nosso ordenamento constitucional (...); flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência

³⁰¹ Trata-se – voltamos a frisar – de exercer uma política judiciária, implicitamente autorizada pela Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade de se respeitar a segurança jurídica, como princípio de altíssima relevância, resultante do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, CF) e refletido no mandamento contido no inc. XXXVI do art. 5º da Constituição. De modo que, apesar da existência do art. 27 da Lei 9.868/99, que está a referendar, *no plano comparativo*, a tese acerca da permissibilidade legal de se ponderar os efeitos de certos precedentes judiciais, o princípio ora tratado, *por si só*, já se revela apto a autorizar a adoção dessa técnica de manipulação, igualmente na jurisdição *infraconstitucional*.

³⁰² Mesmo porque “o pressuposto da razoabilidade é um dos fatores que permitem entender o processo instancial de julgamento e a força da jurisprudência no ato interpretativo, mesmo quando se lhe nega a função de estrita fonte do direito (isto é, força vinculante e a obrigatoriedade do juiz ou do tribunal de segui-la)” (cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *op. cit.*, p. 20).

³⁰³ *Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 259, 261 e 262.

³⁰⁴ Cf., neste sentido, as lições do magistrado paulista Jarbas Luiz dos Santos, citando Denize Stumm, Paulo Bonavides, Canotilho e outros (v. *Princípio da Proporcionalidade – concepção grega de justiça como fundamento filosófico*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004, p. 37).

impostergável do Estado do Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”.³⁰⁵

Nesse formato – e apesar das notórias conhecidas divergências doutrinárias³⁰⁶ sobre o tema –, apresenta-se a proporcionalidade na condição de um *princípio constitucional que rege a aplicação dos princípios constitucionais*, razão pela qual a elaboração indevida de um juízo de ponderação nessa seara representará violação à Constituição por afrontar, a um só tempo, o mandamento de alicerce (princípio ou garantia constitucional) que merecia ser sobrelevado e o próprio princípio da proporcionalidade.

Imaginemos uma lei que admita a *adoção de crianças* por “estrangeiros”, a qual, interpretada em último grau pelo STJ, venha a ser por ele restringida para estabelecer que a expressão “estrangeiros” quer significar apenas “estrangeiros residentes no país”. Durante o período em que a lei foi interpretada pela Administração (ou pelo Judiciário como tal), antes da fixação de uma tese definitiva sobre o alcance da lei pelo tribunal superior (veja-se que aqui ainda não estamos tratando do *overruling*, que é uma hipótese ainda mais grave), houve, a rigor, a concretização de *adoções manifestamente ilegais* de menores que, diante da derradeira exegese judicial, deveriam ser revertidas.³⁰⁷ Entretanto, ninguém haverá de defender que as crianças adotadas “ilegalmente” pelos “estrangeiros residentes fora do país”, no entendimento legal externado pelo Judiciário (= interpretação legal com alteração de significado), devam ser retiradas dos seus respectivos lares, onde já estão devidamente adaptadas com laços de afeição com os pais adotivos, para serem devolvidas aos respectivos orfanatos.

O exemplo acima cogitado, que nos parece emblemático, demonstra que é necessário, *em certas circunstâncias especiais*, entender os precedentes como *lei em sentido estrito* (e já vimos que alguns precedentes do STJ têm essa conotação acentuada), a

³⁰⁵ Cf. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed. atual., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 435 e 436. Há, porém, fundadas teses que consideram a “proporcionalidade” uma *regra* e não um princípio propriamente dito (v. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 167).

³⁰⁶ Maria Elizabeth de Castro Lopes registra que *prevalece a corrente que considera a proporcionalidade como princípio* e não simples regra; ademais, ressalta a doutrinadora a atenção que se deve ter ao uso exagerado do princípio da proporcionalidade, como substrato para justificar tudo o que se não pode, com base na lei, amparar – trata-se do uso indiscriminado da teoria. Assim, conclui que o princípio da proporcionalidade só deve ocorrer “em casos graves, de flagrante desproporção ou excessos, e não indiscriminadamente” (*O Juiz e o Princípio Dispositivo*, São Paulo, RT, 2006, pp. 79-80).

³⁰⁷ Exemplo similar é lembrado por Regina Maria Macedo Nery Ferrari, pensando na invalidade da norma por vício de inconstitucionalidade, e não na mera interpretação com alteração do significado (*op. cit.*, p. 241). De toda forma, numa ou noutra situação, o problema é o mesmo, no sentido de que “seria mais danosa a consideração no sentido de que a decisão produz efeitos desde o momento da promulgação da lei, do que aceitar que produziu efeitos válidos durante o tempo em que viveu com a presunção de validade” (ainda, Ferrari, *idem*, p. 241).

admitir a *restrição* de sua aplicação declaratória-retroativa, visando à *proteção de um princípio constitucional de maior relevância*, seja o da *segurança jurídica*, seja, a exemplo da hipótese supra cogitada, o princípio da *prevalência dos interesses da criança* – cf. art. 227 da Constituição.

A modulação dos efeitos da decisão, nesse contexto conflituoso, é medida indispensável à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, objetivando evitar que a retroação *ex tunc* da decisão judicial inquine os atos consolidados no passado, em prejuízo de bens e valores de *relevância muito maior* (na ilustração acima, o bem-estar da criança), ainda que isso possa resultar na mitigação do *princípio da igualdade* (favorecimento do grupo de pessoas não afetado pelo resultado do pronunciamento judicial).

Do mesmo modo, exercendo o tribunal superior a atividade de típico “legislador negativo”, ao *negar vigência* a determinado preceito de lei ou considerá-lo *inaplicável* por vício de legalidade, a incidência do princípio da proporcionalidade apresenta-se com indiscutível importância, pois dessa forma será possível *temperar* o precedente “nulificante” da lei outrora vigente, conservando os atos consolidados sob sua égide, após um *cuidadoso juízo de ponderação axiológica* de bens jurídicos afetados pelas consequências “repristinatórias” daí resultantes.³⁰⁸ Tais condutas, bem se vê, resultam do uso da *razoabilidade*, informada por uma noção de *equidade*, da qual os juízes não podem se esquivar sob a alegação – não tão-nobres ou convincentes – de que seus julgados, mesmo em tais circunstâncias especialíssimas, devem sempre prevalecer de forma objetiva e abrangente sobre as situações pendentes e passadas.³⁰⁹

A incidência da proporcionalidade, de mais a mais, não deixa de ter íntima relação com *razoabilidade* e com a *lógica*, a evitar a perpetração de *problemas incríveis*, que se mostram inexplicáveis ao homem comum, a exemplo daquelas incongruências que costumam surgir quando há *virada de jurisprudência* imposta pelo tribunal superior,

³⁰⁸ Em sentido similar, tratando da modulação na jurisdição constitucional, v. Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 282.

³⁰⁹ É sempre bom destacar que, *anteriormente* à Lei 9.868/99, o STF comumente exercia um juízo de *ponderação valorativa*, por meio do qual visava preservar situações amparadas nas normas posteriormente declaradas inconstitucionais. Esse exame de proporcionalidade que permitia ao STF reservar-se no direito de *separar*, casuisticamente, o “plano da norma” do “plano concreto” (v. Gilmar Mendes, *Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*, p. 304-305) é o mesmo que dá alicerce às demais cortes de superposição para restringir a incidência da nova jurisprudência (agindo como “legislador negativo” ou “positivo”, i.e., anulando a lei ou simplesmente lhe atribuindo nova leitura), com o fito de indicar *abstratamente* – i.e., desde logo – como as situações passadas devem ser *preservadas*, para garantir princípios constitucionais de destacada magnitude.

traindo a confiança de milhares de cidadãos que acreditaram na orientação revertida, com base nela pautando suas vidas particulares. Neste aspecto, o princípio da proporcionalidade, visto como expressão da aplicação prática da *lógica do razoável*, cujos ditames devem orientar o processo de interpretação do direito e da Justiça,³¹⁰ serve para referendar as ideias que aqui se defende no tocante à *inviabilidade de se conviver com repriminção pura e cega* dos efeitos de algumas decisões dos tribunais superiores.

Concluindo, podemos apontar que a preservação de situações amparadas em princípios constitucionais, com base em uma *análise valorativa e casuística*³¹¹ dos interesses em jogo (reflexos da retroação do precedente *versus* valor jurídico afetado), por representar a expressão do *princípio da proporcionalidade*, dá amplo *substrato constitucional* à relativização temporal da eficácia da jurisprudência dos tribunais superiores, dispensando, assim, uma *lex specialis* para tratar do assunto, sobretudo no âmbito do STJ.

3.4.4.3. Unidade da jurisdição constitucional.

Uma análise conjectural e concatenada da Constituição Federal nos possibilita indicar que as decisões judiciais, tanto da Suprema Corte, como igualmente aquelas proferidas pelo STJ, estão dotadas de uma abrangência única que lhes impõe um *tratamento diferenciado* no tocante aos seus reflexos gerais em certas circunstâncias.

Sem dúvida, não existe explicação coerente para *permitir* que um dado Tribunal Constitucional (o STF) faça uso da reestruturação dos efeitos das suas decisões, amparado no princípio constitucional da segurança jurídica (fundamento da própria *constitucionalidade* do art. 27 da Lei 9.868/99) e, ao mesmo tempo, *vedar* esse instrumento a outra Corte de mesmo patamar hierárquico-institucional (o STJ), criada, aliás, a partir de uma *cisão* da competência do Supremo pela Constituição de 1988. Ora, estando o STF autorizado a *restringir* a força declaratória de seus precedentes com base em um critério prudencial, com lastro na proteção de postulados de importância (segurança jurídica e

³¹⁰ Cf. Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, *op. cit.*, p. 25, fazendo referência ao modo de interpretação propugnado por Recaséns Siches, albergado também por Alípio Silveira. Também apelando ao “logos del razonable” de Siches, Cândido Rangel Dinamarco está a defender, no específico, a mitigação dos efeitos também na jurisdição infraconstitucional (*op. et loc. cit.*, p. 73).

³¹¹ De rigor considerar que no conceito de *princípio*, enquanto “norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto” (cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 168), e cuja proteção se almeja com a proporcionalidade, *está implícita a necessidade de se valorar casuisticamente a decisão judicial*, a fim de saber se ela deverá ou não ter seus efeitos relativizados (temporal ou subjetivamente).

interesse social), é inevitável estender tal prerrogativa aos demais órgãos judiciais de cúpula que praticam a mesmíssima atividade jurisdicional: “*a possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder [constitucional] de julgar conferido aos Tribunais Superiores*”.³¹²

Usando de outros termos para enfatizar, queremos dizer que *a norma* que fundamenta a flexibilização da eficácia das decisões do STF (princípio constitucional da segurança jurídica) é exatamente *a mesma* que deve albergar a adoção da prática na seara infraconstitucional, especialmente porque a diferença entre tais jurisdições, *grosso modo*, resume-se ao “material legislativo” sobre o qual cada uma delas se debruça. Se a Constituição Federal autoriza o STF a modular, *a fortiori* deve permitir que o STJ proceda exatamente da mesma forma.

Daí por que Cândido Rangel Dinamarco salienta que há nesta situação problemática um verdadeiro *paradoxo*, pois a permissão de delimitar no tempo a eficácia da declaração direta de inconstitucionalidade é algo de *muito maior profundidade e extensão* do que a própria declaração de ilegalidade praticada no controle difuso de competência do STJ. Essa disparidade sistemática só se explica, assim sublinha o Professor Dinamarco, pela “*lógica do absurdo*”, fazendo o contraponto aos sadios pilares da *lógica do razoável* defendida por Recaséns Siches.³¹³

Ou seja, se o ordenamento convive com *situações muito mais radicais* (a convalidação de normas *inconstitucionais*, contrárias aos preceitos fundamentais de sobrevivência do próprio Estado), há de se conformar com aplicações que resultem na manipulação de decisões que representem, em uma visão geral, um *impacto menor* (convalidação de norma federal ou, em caso de reversão de jurisprudência, a convalidação de uma interpretação judicial sobre a aplicação de uma lei federal durante um certo período de tempo), pois ambos os casos resultam do uso das mesmas bases jurídicas.

Ao defender-se o direito de o STJ equalizar os efeitos de suas decisões judiciais emblemáticas, vela-se, portanto, pela *unidade da jurisdição constitucional*, princípio estatuído pelos arts. 102 e 105 da CF, que atribui às cortes superiores eminentes funções pacificadoras da ordem jurídica nacional.

³¹² Cf. Luiz Guilherme Marinoni, “Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores”, *op. et loc. cit.*, p. 280.

³¹³ Dinamarco, *op. et loc. cit.*, p. 73.

3.4.4.4. Celeridade e modulação.

A jurisprudência não se forma da noite para o dia, já que depende do surgimento dos casos concretos controvertidos em torno das normas federais e constitucionais duvidosas e, conseqüentemente, da manifestação dos magistrados sobre tais celeumas. Portanto, é naturalmente um *fenômeno demorado*, que depende da *maturação* das teses divergentes nos diversos graus jurisdicionais.

Não obstante, são conhecidos diversos casos nos quais as divergências, embora aptas para serem decididas e uniformizadas pelos tribunais constitucionais, chegam a repousar em seus arquivos por anos a fio esperando julgamento, diante do incrível assoberbamento desses sodalícios, mas também, data vênica, em razão de certa desorganização de agenda – i.e., ausência de definição de prioridades. Essa demora cria um *problema complicado*, pois, enquanto a palavra final acerca da correta exegese (e única) da lei ou da Constituição não é dada pelo tribunal superior, as interpretações controvertidas continuam a ser constantemente aplicadas pelas instâncias inferiores aos casos concretos, o que enseja grande desconforto em termos de segurança jurídica (a adoção de uma tese jurisprudencial que não se sabe se será, ou não, revogada pelos tribunais superiores).³¹⁴

A rigor, a tutela jurisdicional – notadamente nesses casos de grande repercussão – deveria ser dada *de forma rápida e eficaz* pelas Cortes Superiores, pois não é possível acreditar que uma celeuma que irá definir o exercício de um direito no âmbito nacional, a partir do entendimento definitivo e vinculante da lei, fique pendente de definição por vários anos, causando a insegurança acima referida.

São notórios, por sinal, os exemplos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade já maduras para julgamento que esperam apreciação no Supremo Tribunal Federal, o que faz com que a lei potencialmente inconstitucional seja reiteradamente aplicada (cumprida), gerando uma séria crise a ser solucionada com relação aos efeitos *ex tunc* da decisão em caso de procedência da ADI. Modular para não afetar os consectários produzidos pela lei

³¹⁴ O STF tem sido rigoroso na concessão de liminares para sustar, prontamente, os efeitos de leis potencialmente ilegais. Assim, por exemplo, se mesmo havendo plausibilidade jurídica do pedido, o tribunal não antevê perigo de demora, a liminar não é concedida – RTJ 145/753. Outrossim, o simples fato de a ADI ter sido tardiamente ajuizada obsta, na jurisprudência do Supremo, a concessão da liminar, apesar do relevo jurídico da tese – RTJ 152/ 692 (cf. Theotonio Negrão, *cit.*, notas 10 e ss. ao art. 10 da Lei da ADI, p. 1140). Certamente que a concessão dessas cautelares no controle concentrado evitaria a causação dos efeitos indesejados relacionados à demora no julgamento da constitucionalidade de leis que, enquanto isso, estão a surtir efeitos no mundo jurídico e, por conseguinte, criar toda a série de obrigações que, ao final, poderão ser desconstituídas.

declarada inconstitucional *ou* desfazer todos os atos jurídicos constituídos durante o largo tempo que o Supremo gastou para apreciar a matéria, eis a questão, também formulada em relação ao STJ, na prestação da jurisdição infraconstitucional, bastando olhar, *v.g.*, o prazo médio levado na definição dos feitos em sede de recursos repetitivos ou dos embargos de divergência para concluir que há atraso na definição de certos temas federais.

Bem verdade, portanto, que nada disso seria cogitado se os tribunais constitucionais em geral fossem mais atentos a essa problemática, procurando, de alguma forma, resolver a lentidão, julgando as principais causas polêmicas dentro de um *prazo de duração razoável*. Só desse modo, por exemplo, os impactos da declaração de inconstitucionalidade seriam mitigados, porque, durante o período em que tramitou a ADI, poucas consequências gerou a lei julgada irregular; só desse jeito evitar-se-iam “decisões” fundadas na interpretação que o tribunal superior, muitos anos depois, disse estar equivocada (no direito processual, basta indagar a quantidade de multas ilegais que foram impostas, executadas e pagas com base na aplicação controvertida do art. 475-J do CPC até que o STJ, finalmente, deliberasse sobre o tema para dizer que a incidência da multa dependia de intimação prévia do executado, afinando inclusive sua própria jurisprudência sobre o tema...).

Enfim, isto está a nos mostrar que a morosidade dos tribunais superiores na definição da compreensão do direito nacional é um *defeito* do sistema que induz o uso da modulação, apresentando-se tal mecanismo como um meio quiçá de *indenizar* ou evitar a causação de mais prejuízos ao cidadão nas circunstâncias acima reveladas (i.e., ao cidadão que *confiou legitimamente* em uma lei posteriormente declarada ilegal; ao cidadão que pautou sua vida comercial em uma interpretação do direito que, muitos anos depois, foi considerada ilegítima pelo mesmo tribunal que afirmara a anterior). Trata-se, indiscutivelmente, de mais uma faceta da *duração razoável do processo* prevista no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal, ou melhor, trata-se de preservar de alguma forma o princípio constitucional em apreço, ainda que através da imunização das consequências dessa demora injustificada.

Parece-nos, assim, que neste ponto reside mais um argumento relevante para reforçar a conclusão defendida no curso dessa tese no sentido de que o *tribunal superior não precisa estar autorizado por lei federal específica para efetivar princípio constitucional*, mediante o uso de um instrumento que permita dar uma satisfação pelo tempo exacerbado em que demorou para afirmar a interpretação da lei, evitando que esse ato ilegítimo cause ainda mais prejuízos aos jurisdicionados.

3.4.5. “Mutao *infraconstitucional*”: a prtica do *overruling* e suas consequncias.

 semelhana do que ocorre com a Constituio,³¹⁵ as leis *infraconstitucionais* so sujeitas a alteraes de seu significado, de sua inteligncia, a partir da *evoluo da sociedade*, da economia, da poltica e, conseqentemente, do prprio Direito (no sentido daquilo que se pe como *justo*). No momento em que tal fenmeno se faz presente no cerne da exegese das normas de menor hierarquia, os tribunais so chamados a praticar uma *reviso* sobre o entendimento do texto legal a partir dessas novas concepes, de modo que ficam expostos a mudar suas orientaes passadas (jurisprudncia consolidada), praticando sua reverso (*overruling* ou *overturning*).³¹⁶

O desenvolvimento judicial do direito representa, sob o contexto histrico, uma das suas caractersticas mais marcantes. No se discute a existncia de *um processo de “lenta evoluo” dos institutos*,³¹⁷ em todas as reas do direito, competindo ao precedente a *concretizao* dessa mutao no plano prtico, sobretudo porque o processo legislativo no acompanha, em mesmo ritmo, a produo judicial.

Conforme bem visto por Barbosa Moreira, na sua particular apreciao do fenmeno, “*mutvel que a realidade social, compreende-se que mude tambm, com o correr do tempo, o entendimento das normas de direito, ainda quando permanea invarivel o respectivo teor literal. Nada mais natural, assim, que a evoluo da*

³¹⁵ Observamos nos primeiros captulos desse trabalho que o fenmeno denominado pela doutrina de “mutao constitucional” (= alterao dos significados da Constituio a partir da evoluo da sociedade, pois a Constituio um documento vivo, em constante transformao - *a living Constitution*, na expresso do direito norte-americano) um dos principais motivos para se admitir, na seara jurisdiccional-constitucional brasileira, a modulao dos efeitos da jurisprudncia.

³¹⁶ Para no deixar de citar as nomenclaturas, esclarea-se que o *overruling* difere do *reversal*, que a revogao de uma orientao por uma corte superior quela que proferiu o precedente “revertido” (cassado); j *overriding*, como o prprio nome diz, encerra uma hiptese de parcial alterao de um precedente, uma releitura, como o prprio nome diz (sobre isto, v. Gutterres Taranto, *op. cit.*, p. 291). Na doutrina estrangeira, h ainda meno ao *silent overruling*, que ocorre quando o tribunal revoga sua orientao sem explicitar, e o *antecipatory overruling*, quando um precedente passa a ser contestado pelas cortes inferiores argumentando sua insubsistncia jurdica (cf. Alexy e Dreier, “Precedente in the Federal Republic of Germany”, *cit.*, pp. 57-58).

³¹⁷ V. Cruz e Tucci, *op. cit.*, p. 288, com vasta citao de exemplos que demonstram a evoluo do direito e institutos jurdicos a partir da jurisprudncia. No direito de famlia: a mitigao da culpa, para desconstituio da obrigao alimentar; o reconhecimento dos direitos da concubina, desde o reconhecimento da indenizao previdenciria, at a plena regulamento da unio estvel. No direito contratual: o uso do princpio da boa-f, para nortear decises, mesmo antes da edio do CDC; o reconhecimento dos direitos da personalidade, admitindo os direitos do homem sobre a prpria pessoa (o dano moral, direito vida, personalidade, inviolabilidade de domiclio, v.g.); a distino entre suicdio voluntrio e suicdio involuntrio, para fins de incidncia ou no da clusula de no-indenizar; admisso da leso como causa de rompimento do contrato e do enriquecimento ilcito, antes mesmo da edio no novo CC; a superao do defloramento da mulher como causa para anulao do casamento. No direito penal: a superao do adultrio, como crime (Tucci, *op. cit.*, pp. 288-294).

jurisprudência através da constante revisão das teses jurídicas fixadas. Na inércia do legislador (...), ela [a jurisprudência] funciona como respiradouro indispensável para permitir o *progresso do direito* e impedir a fossilização dos textos normativos”.³¹⁸ E citando Calamandrei, conclui: “seria absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e mais preciosa registradora das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e expansão”.³¹⁹

Sem dúvida, a jurisprudência, embora manifeste uma compreensão via de regra vinculante – no sentido de que ela deve ser seguida pelos demais órgãos judiciários para fins de pacificação da sociedade através da uniformização dos entendimentos –, não significa que o juiz, ante as mutações da vida, deva aceitar roboticamente o que nela considera *injusto*. Mesmo porque, ressaltou Karl Larenz, “não é o precedente como tal que ‘vincula’, mas apenas a norma nele corretamente interpretada ou concretizada”, para afirmar adiante que “todo o juiz que haja de julgar de novo a mesma questão pode e deve, em princípio, decidir independentemente, segundo a sua convicção formada em consciência, se a interpretação expressa no precedente, a concretização da norma ou o desenvolvimento judicial do Direito são acertados e estão fundados no Direito vigente”.³²⁰ O que se quer manifestar com isso, em outros termos, é que o juiz não deve conformar-se – e normalmente não se conforma – com a jurisprudência formada, estando, portanto, mais do que habilitado, até mesmo, *obrigado* a afastar-se dela se em seu conceito ela revela uma interpretação do Direito insuficientemente fundamentada, ou, ainda, temporalmente incoerente em decorrência de uma mudança normativa e da ordem jurídica no seu conjunto.³²¹

De fato, a simples alteração da concepção da vida social faz com que as palavras do texto sejam interpretadas pelos juízes modernos com um *sentido novo*, que encontram na lei algo de inédito até então não percebido. A esse respeito, afirmou Miguel Reale sobre o tema: “Esse trabalho de mutação do conteúdo legal obedece a fatores de ordem técnica, econômica, demográfica, geográfica etc. bem como sofre a pressão de motivos axiológicos, o que confirma a nossa tese de que *toda norma é uma integração dinâmica de fatos e valores*”.³²² Não por outro motivo, aliás, “a jurisprudência é uma dessas realidades

³¹⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 5.

³¹⁹ Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 5.

³²⁰ *Metodologia da Ciência do Direito*, *op. cit.*, p. 612.

³²¹ Larenz, *op. cit.*, p. 612.

³²² Cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares*, *op. cit.*, p. 171. Em sentido similar, v. Karl Larenz: as *mutações do direito*, como sistema, resultam da descoberta de novos princípios, seja em virtude da alteração das

jurídicas que, de certa forma, surpreendem o homem do povo”, pois “o vulgo não compreende nem pode admitir que os tribunais, num dia julguem de uma forma e, pouco depois ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude de opiniões divergentes dos magistrados que os compõem”.³²³

Os tribunais, dessa forma, porquanto chamados constantemente a decidir ou refletir sobre as questões idênticas, normalmente são instados a *revisitar* suas decisões passadas, ponderando sua eventual obsolescência, que decorre, conforme já observamos neste trabalho, de aspectos externos, i.e., influências sociais, políticas e econômicas³²⁴ (*o direito não é estático*, costuma-se repetir no jargão forense). Ademais, essa revisão que se impõe sobre julgados ultrapassados resulta de um juízo de valor a respeito da sua precisão técnico-jurídica, seja em razão da *mudança do contexto legal* em que os entendimentos anteriores se basearam, seja em virtude da sofisticação do direito sobre o tema revisitado.³²⁵

A propósito, a doutrina norte-americana que cuidou da celeuma (a ocorrência do fenômeno é comum nos dois sistemas – *common law* e *civil law*) elenca *três motivos elementares* pelos quais ocorre a reviravolta do entendimento jurisprudencial: (i) o primeiro está ligado à existência de *inovações tecnológicas* que porventura transformem a decisão em algo obsoleto; (ii) o segundo funda-se na *evolução do direito*, em vista de alterações sociais e morais, a exigir a atualização do precedente à nova realidade; (iii) o terceiro resulta de uma reanálise técnica propriamente dita, praticada nas ocasiões que o tribunal entender, baseado em um juízo de experiência, que a decisão mostrou-se equivocada ou mal-concebida desde sua edição.³²⁶

A esses três elementos acima indicados, acrescentamos um quarto, qual seja, (iv) a *mudança da composição dos Tribunais*, resultado da nomeação de novos magistrados, com

legislações, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações da jurisprudência (*op. cit.*, p. 693). Tércio Sampaio Ferraz Jr. também observa que “alterações jurisprudenciais fazem parte da dinâmica do direito”, e “isso tem muito a ver com a independência do Judiciário num sistema de tripartição de poderes e com a singela submissão do juiz à Constituição e à lei nos termos de sua própria convicção” (*op. cit.*, p. 4).

³²³ Reale, *cit.*, p. 171.

³²⁴ Taruffo e La Torre, *op. cit.*, p. 178.

³²⁵ Assim, na Itália, cf. ainda Taruffo e La Torre, *op. cit.*, p. 178. Do mesmo modo, na Espanha (cf. Miguel e Laporta, *op. cit.*, p. 285) e na doutrina que examinou o sistema de precedentes na França, pois uma nova interpretação pode sempre ser tentada e considerada aceitável, se condições sociais e econômicas mudarem (cf. Troper e Grzegorzcyk, “Precedent in France”, *op. cit.*, p. 124).

³²⁶ Summers, *op. cit.*, pp. 396-397. Isso está bem assentado na doutrina: v., dentre tantos, Troper e Grzegorzcyk (“Precedent in France”, *cit.*, p. 121), destacando os aspectos políticos, econômicos e sociais como fator de alteração do precedente.

experiências diversas e advindos de setores diversificados, resultando quase sempre em uma *particular maneira ideológica* de pensar o direito, o que, conquanto não seja uma situação desejada (o correto seria o juiz se afastar de influências externas no momento delicado de julgar o próximo), em nosso ver nada tem de surpreendente. E, de fato, este é um fenômeno natural, pois são seres humanos que julgam os casos e é praticamente inevitável que ajam sob influência de suas bases ideológicas. Em estudo aprofundado sobre o abandono de precedentes no cerne da Suprema Corte norte-americana, Saul Brenner e Harold Spaeth notaram que a ideologia de cada *Justice* tem influenciado a mutação do direito constitucional na Suprema Corte. Desse modo, quando a Corte é formada majoritariamente por juízes conservadores, a tendência é que eles votem para reformar precedentes liberais, e vice-versa. O estudo ainda registrou que a grande maioria dos *overrulings* praticados eram *compatíveis* com a ideologia pessoal do *Justice* e patenteou a conclusão do estudo: “*the Justices and the Courts vote the way they do in the overruling cases because of ideology*”.³²⁷⁻³²⁸

Sendo assim – e importando para este contexto as ideias de Peter Häberle, cultivadas por Gilmar Mendes e tão-presentes na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal brasileiro –, pode-se afirmar sem receios *toda lei interpretada é lei com duração temporal limitada*, pois a norma confrontada com experiências atuais acaba por *transformar-se* necessariamente em uma *outra norma*: e o tribunal não pode fingir desconhecer esse processo jurídico-social, impondo-se a ele o *reajuste de suas ideias consolidadas através de um novo juízo de valoração*.³²⁹

Exorta-se, com isso, a *evolução do direito e da justiça*, em contraposição à indesejada *estagnação*, no sentido depreciativo que se atribui a este último fenômeno. Portanto, além da provocação causada pelos julgamentos das mais variadas demandas, que estão a obrigar o juiz a se debruçar sobre o acerto de posições de outrora (inclusive utilizando a técnica consubstanciada na *distinção*³³⁰), os tribunais têm o *dever* institucional de praticar *ex officio* uma *constante reflexão* a respeito do acerto técnico-jurídico do

³²⁷ *Stare Decisis*, op. cit., p. 89.

³²⁸ Sobre esse mesmo assunto, Thomas Bustamante, fundado nas lições de Spriggs e Hansford, obtempera que o fator mais óbvio da mudança de opinião de um tribunal é a inegável conexão causal entre “as orientações ideológicas dos juízes e seus votos” (op. cit., p. 393).

³²⁹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, p.16, www.idp.com.br.

³³⁰ O *distinguish*, como é conhecido no sistema da *common law*, tem como fundamento o afastamento da vinculação através da reformulação mediante a demonstração profundamente fundamentada de especialíssimas particularidades do caso concreto que não se subsumem à norma advinda do precedente (v., sobre o tema, Patrícia Perrone Campos Mello, *Precedentes*, op. cit., p. 231 e ss.; Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, São Paulo, RT, 2010, pp. 326 e ss.).

conteúdo normativo de seus pronunciamentos – nos quais estão incluídos os entendimentos solidificados e, consequencialmente, menos suscetíveis a mudanças³³¹ –, desde que, é claro, tal juízo de reconsideração seja exercitado com *redobrada cautela* e sempre visando ao *bem-comum*, sem desconsiderar, nisso tudo, que “os passos que um juiz deve tomar para decidir quando revisar um precedente não podem ser estabelecidos como uma equação aritmética”,³³² pois dependentes do contexto social, econômico, político e, principalmente, jurídico.

De forma que, em se tratando de evolução do entendimento pretoriano, a questão mais relevante está no *enfrentamento dos seus efeitos*, em vista dos danos que isso comumente enseja na segurança jurídica daqueles que depositavam *confiança* no precedente superado. Trata-se do chamado “problema da retroatividade jurisprudencial”,³³³ em face da eficácia declaratória das decisões, que se projetam em relação ao passado.³³⁴

Pois bem. Está assente na doutrina norte-americana que um precedente de um tribunal de última instância não apenas estatui um *princípio legal* – resultante do processo de interpretação – que advém do exame da hipótese, mas igualmente fixa uma *premissa* aplicável para todos os litigantes que estão submetidos ao mesmo tribunal, desde que, evidentemente, litiguem sobre tema idêntico ao objeto do caso julgado que gerou o *leading case*. Na medida em que tal decisão é adotada *reiteradamente* ela se torna uma *regra legal no sentido estrito*, de modo que as pessoas passam a regular suas vidas e atividades a partir desse entendimento solidificado (reflexo da forte *influência* que o precedente naturalmente exerce).³³⁵ Daí a importância de não se frustrar as *expectativas legítimas* que nascem a partir da solidificação da jurisprudência, preservando a “*confiança legítima*” que ampara estados fáticos consolidados, em prol da segurança jurídica, um princípio mais do que legítimo para justificar a adoção de uma *relativização temporal da eficácia dos precedentes judiciais*, notadamente nos casos de *overruling*.

De igual forma, a doutrina nacional vem registrando que a limitação da força declaratória e retroativa das decisões (em todas as jurisdições) é “*algo imprescindível para*

³³¹ Essa obrigação *ex officio* do tribunal de rever os precedentes obsoletos (*duty to re-examine precedents*) está presente inclusive no sistema da *common law*, na qual a mentalidade arraigada acerca da força vinculante da jurisprudência dos tribunais de hierarquia superior (*stare decisis*) pode tornar menos constante tal possibilidade de *renovação* (v. Robert Summers, “Precedent in US”, *op. cit.*, p. 374).

³³² Cf. Reynolds, *Judicial Process*, *op. cit.*, p. 167.

³³³ Ávila, *op. cit.*, p. 474.

³³⁴ Sobre o problema dessas “duas normas judiciais contratantes”, v., ainda, Misabel Abreu Machado Derzi (*op. cit.*, p. 310 e ss.).

³³⁵ Ainda, v. Summers, *op. cit.*, p. 379.

não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais”, motivo pelo qual “os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico – e, assim, irradiadores de confiança justificada –, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica e à confiança nos atos do Poder Público”.³³⁶

O argumento mais importante para justificar a ponderação dos reflexos decisórios do *overruling*, portanto, está atrelado aos seus *impactos* (= *a price to be paid* ³³⁷) sobre a confiança legítima depositada no precedente judicial reconsiderado, o que se põe como uma perplexidade na experiência do *stare decisis*, apegado à força vinculante da jurisprudência, mas que não deixa de ser do mesmo modo *absurdo* no sistema da *civil law*, a depender da relevância do entendimento que veio a ser superado.³³⁸⁻³³⁹

Daí também a razão pela qual se costuma ressaltar que a atribuição ao juiz do poder de contornar a eficácia de seus precedentes contribui positivamente para o processo de atualização jurisprudencial, evitando torne-se o tribunal “escravo” de seus precedentes ou mesmo extremamente conservador, com receios de afetar atos jurídicos formados a partir da confiança que se empenhava no precedente revisto (*self-restraints*). Desse modo, tal como age o legislador originário, o tribunal, no cumprimento de sua função de dizer o novo direito a partir de interpretações legais, não pode temer os consectários que sua decisão irá causar nas relações já perpetradas no passado, noções estas bastante enraizadas na doutrina do direito norte-americano,³⁴⁰ mas que não passam despercebidas pela doutrina

³³⁶ Cf. Marinoni, “Eficácia Temporal”, *op. et loc. cit.*, p. 280-281.

³³⁷ Como sintetiza Reynolds, todo *overruling* exige que um preço seja pago: perda de estabilidade e confiança, danos à eficiência do sistema, redução da previsibilidade. O tribunal deve analisar esses fatores e colocados em balanceamento para saber os pros e contras do abandono do precedente. Embora alguns fatores que deverão ser sopesados para saber sobre a pertinência da revogação do precedentes sejam indeterminados, uma *análise cuidadosa* pode ajudar a resolver esses problemas (*Judicial Process, cit.*, p. 167).

³³⁸ Ressalte-se, por oportuno, que a reversão, aqui, como é notório, não se restringe ao caso julgado, mas impõe reflexos em situações similares *ultra-jurisdicionais*.

³³⁹ Em outras palavras e para reforçar essa análise, destacamos que a teoria da modulação objetiva combater os “efeitos externos” decorrentes da aplicação, em caráter universal, de uma decisão pacificada que *induz o comportamento* do cidadão, dentro e fora do processo. Não se trata de saber, propriamente, se o cidadão teria direito a determinado resultado (de usufruir de uma tese de direito considerada ilegítima ou obsoleta por uma nova e ponderada decisão reformadora), mas sim trata-se de definir se o comportamento das partes, alicerçado na jurisprudência antiga, pode continuar a ser avaliado com base nessa diretriz mesmo tendo sido ela modificada (cf. Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 481). A segurança jurídica que protege os *efeitos* do ato baseado no precedente reformulado, parece claro, *sobrepõe-se* à análise da razoabilidade de o cidadão gozar de uma tese de direito ilegal.

³⁴⁰ Cf. William L. Reynolds, *Judicial Process*, 3ª ed., St. Paul, Thomson West, 2003, p. 177. Fazendo a análise do direito americano, Bustamante também observa que “a manipulação dos efeitos dos precedentes ab-rogatórios constituiu em diferentes episódios da história dos Estados Unidos uma importante ferramenta para permitir a evolução do Direito sem pagar o preço de causar modificações traumáticas no ordenamento jurídico e frustrar, de forma iníqua, expectativas legítimas geradas pela conduta da Suprema Corte no passado” (*cit.*, p. 421).

brasileira moderna, pois “a mudança de orientação jurisprudencial pode ser boa”, evidenciando um melhor entendimento do Poder Judiciário a respeito da matéria, com a correção de equívocos anteriores.³⁴¹ Essa flexibilização ora comentada auxilia o exercício dessa salutar *oxigenação do direito*, ao dar aos tribunais instrumentos jurídicos para lidar com seus conseqüências eventualmente perversos.

Em síntese do exposto, quando se está diante do *processo de mutação do direito* como representação saudável de sua *evolução*, sem a qual não há distribuição de justiça, a possibilidade de se manipular os efeitos dos novéis pronunciamentos judiciais relaciona-se com a própria *liberdade institucional* do tribunal (de julgar livre dos receios das *repercussões eventualmente danosas* que sua decisão poderá acarretar), tornando-o imune a argumentos *ad terrorem* usualmente conjecturados pelas partes que pretendem manter o *status quo* (ilegal) da interpretação do direito.³⁴²

Trazendo a controvérsia para o âmbito dos tribunais de último grau, pode-se afirmar que, *deixando o STJ de declarar o direito* conforme o estado social, econômico e político, com vistas igualmente à correção de eventuais equívocos jurídicos perpetrados em seus precedentes – que, por isso, se revelam ultrapassados –, com receio de criar situações ilegítimas decorrentes da confiança que se depositou sobre o precedente revisado (e tal hesitação ocorre comumente, conforme a experiência tem demonstrado), incide em manifesta *inconstitucionalidade*, não só por restringir o livre exercício da sua jurisdição (viola-se, especificamente, o art. 105 da CF), mas principalmente pelo fato de perpetuar, com isso, *veladas injustiças* – e daí infringe-se de forma continuada os *direitos materiais* daqueles que se veem presos a precedentes juridicamente suplantados. São, nos termos do enfatizado acima, os *resultados danosos* da adoção de uma excessiva auto-restrição em relação à superação da jurisprudência deficitária, exatamente por não dispor (ou não querer dispor) de instrumentos para contornar esses problemas reflexivos.

Facilmente se percebe, portanto, que há neste tema uma *obrigação constitucional de mão-dupla* atribuída aos tribunais superiores: um *dever* de reavaliar de tempos em tempos – e pouco importam os meios – sua jurisprudência, do qual advém o *dever*

³⁴¹ Ávila, *op. cit.*, p. 463.

³⁴² Como já foi visto quando da análise da modulação na jurisdição constitucional, tendo o tribunal de enfrentar os efeitos retroativos do precedente, poderá deixar de exercer, ainda que de forma inconsciente, um juízo de censura, transformando-se em um tribunal excessivamente conservador (*self-restraint*); e o mesmo problema (perigoso conservadorismo exacerbado) será enfrentado quando houver de adotar o tribunal novos entendimentos (*overruling*), dando azo à petrificação de precedentes obsoletos (o que não ocorreria se dispusesse de um ferramental completo para evitar as repercussões de sua nova jurisprudência).

consectário de proteger a confiança legítima depositada nos julgados revisados. A possibilidade de o tribunal superior ponderar a correção de seus julgados e, com *espírito livre*, praticar uma salutar *mutação infraconstitucional*, depende, intrinsecamente, da utilização da técnica de ajeitamento da eficácia de seu novo precedente, sempre que assim as circunstâncias do caso concreto determinarem, pois, afinal, nem toda alteração da jurisprudência pode ser considerada efetivamente uma real ‘mudança’; nem toda mudança tem efeitos retroativos; e nem todas as mudanças com efeitos retroativos merecem o suporte pelo princípio da proteção da confiança.³⁴³

Para concluir esse capítulo, podemos afirmar que a ora defendida equalização de eficácia decisória no âmbito de todos os tribunais de cúpula aos quais a Constituição Federal atribui a competência de dar a última palavra sobre a interpretação da lei é uma *medida constitucionalmente necessária* para permitir a aplicação dessa natural evolução do direito. Sem que se predisponha ao tribunal mecanismos hábeis a contornar o chamado *overruling*, haverá o risco de haver uma altíssima restrição (*self-restraint*) à remodulação da jurisprudência consolidada (à vista dos seus reflexos ultra-processuais), limitando o exercício do poder jurisdicional e da sua própria competência³⁴⁴ e, ao mesmo tempo, privando a sociedade das valiosas atualizações que se impõem na *interpretação* das leis infraconstitucionais.

3.4.6. Retroação das decisões e modulação no STJ: uma questão de evolução.

Pudemos notar que o Supremo Tribunal Federal, *antes mesmo da edição da Lei 9.868/99*, já fazia uso da flexibilização de suas decisões por meio de outras “soluções jurídicas”³⁴⁵ pautadas no enfrentamento *incidental* dos problemas inerentes à declaração *a posteriori* de inconstitucionalidade de uma lei (a teoria do “plano da norma” vs. “plano concreto”). Ademais, o caso da revogação da sua Súmula 394 pelo STF – ocorrido também anteriormente à Lei 9.868 – representou um exemplo inequívoco de manutenção do *status quo* constituído à luz da jurisprudência reformada.³⁴⁶ Portanto – e conforme concluimos

³⁴³ Cf. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, *op. cit.*, p. 465.

³⁴⁴ A propósito, como já tivemos oportunidade de observar, o fundamento legal contido na exposição de motivos da Lei 9.868/99 – que disciplina o tema na jurisdição constitucional – decorre exatamente dessa necessidade de se permitir que os tribunais emitam um constante juízo de censura sobre a razoabilidade de seus precedentes importantes, livres dos freios que a *retroatividade* da sua novel decisão imporá sobre os casos pendentes (i.e., futuros), inclusive com resvalos na coisa julgada (a se admitir a rescisão em virtude da nova interpretação).

³⁴⁵ E que àquele tempo apresentavam-se como “*soluções contraditórias*”, no ver de Bustamante (*op. cit.*, p. 450).

³⁴⁶ Há ainda quem sustente (v. Gilmar Mendes, *op. cit.*, p. 522) que o julgamento do HC 70.514-6/RS, apreciado em 1994, alusivo ao prazo em dobro da Defensoria Pública, teve precisamente o condão de

nos primeiros capítulos deste estudo –, o STF já começava dar sinais de que, tardasse lei específica sobre o tema, não abriria mão de prospectar abstratamente a eficácia de seus julgados socorrendo-se do aparato constitucional para justificar tal medida.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça há como sentir essa mesma evolução, apesar do freio imposto pelo julgamento aqui já examinado (EDiv nº 738.689/PR), uma vez que, notadamente em sede *processual*, o STJ vem fazendo uso da projeção dos efeitos de sua jurisprudência, admitindo que ela tenha eficácia *pro-futuro*, com vistas à preservação da segurança jurídica. Precisamente, o STJ tem manipulado os consectários de seus precedentes nestas situações específicas, a saber:

(a) quando adota a Súmula 343 do STF, segundo a qual a decisão *não pode* ser rescindida se fundada em jurisprudência controvertida sobre interpretação de lei,³⁴⁷ conquanto diversa daquela posteriormente ditada;

(b) no julgamento das Medidas Cautelares 2.454/RJ e 2.501/MG, ao estabelecer que a divergência interna existente no STJ *permitia a adoção das várias teses* diversas sobre o cabimento do remédio processual para destrancar o recurso especial retido por força do § 3º do art. 542 do CPC, *até que houvesse a pacificação da jurisprudência na Corte Especial*;

(c) no reconhecimento da teoria da *fungibilidade recursal*, cuja aplicação resulta em afirmar que certas decisões sobre direito processual (i.e., a jurisprudência que pacifica a controvérsia indicando o recurso mais adequadamente cabível) têm aplicação *prospectiva*, de forma que só a partir de então passará a ser erro grosseiro a interposição de recurso diferente daquele que a jurisprudência, em especial, a do tribunal superior, entende como o admissível;³⁴⁸

prospectar a eficácia do dispositivo decisório do Supremo Tribunal Federal, ao se *diferir* a declaração de inconstitucionalidade enquanto dada circunstância (na hipótese, a estruturação da Defensoria Pública) não fosse definitivamente implementada. Sobre tal decisão tomada no HC 70.514-6/RS, Luiz Guilherme Marinoni, embora observando que os efeitos a ela impostos se assemelham ao da “sinalização” prevista no direito estadunidense, entende que na verdade o STF decidiu, com base nas circunstâncias fáticas que rodeavam a situação concreta, que a norma – prazo em dobro – *não era inconstitucional* (*Precedentes Obrigatórios*, *op. cit.*, p. 466), opinião esta que, de fato, parece ser a mais correta. Entretanto, do ponto de vista evolutivo, percebe-se que o STF já começou, a partir desse julgado, de meados de 1994, a livrar-se dos freios resultantes da inexistência de norma expressa que lhe permitisse, em situações específicas, a proclamar decisões de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) com efeitos *pro-futuro*.

³⁴⁷ Dentre tantos, aplicando a Súmula 343 do STF, v. AgReg 1.223.002/RN, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j. em 17/05/11, www.stj.jus.br.

³⁴⁸ Adotando a fungibilidade recursal neste exato sentido, confira-se, por exemplo, AgReg 1.027.130/PA, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, v.u., j. em 15/02/11, www.stj.jus.br.

(d) na preservação da tempestividade dos recursos que se fundavam em entendimento posteriormente alterado pelo próprio STJ, conforme decidido no HC 28.598/MG;³⁴⁹ e

(e) ao relativizar os *efeitos retroativos* do pronunciamento da Corte Especial sobre a desnecessidade de ratificação do recurso especial interposto anteriormente ao exame dos embargos declaratórios (AgRg 827.293/RS³⁵⁰);

(f) no constante debate da questão, afrontar a jurisprudência da sua 1ª Seção para admitir a modulação em casos isolados, demonstrando uma tendência nítida dos Ministros do STJ a voltar a repensar o tema (Recurso em MS nº 19.951-RJ³⁵¹).

Quanto ao tema considerado no item “a” acima indicado, lembramos que o Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado o enunciado contido na Súmula 343 do STF, segundo a qual “*não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”. A origem deste enunciado, conforme ensina Roberto Rosas, encontra fundamento na “*tranquilidade pública e jurídica*”,³⁵² isto é, a *segurança jurídica* oriunda da coisa julgada que não pode ser rescindida mesmo venha posteriormente o STJ entender que uma daquelas interpretações que fundou o acórdão rescindendo era manifestamente equivocada (na hipótese aqui cogitada de o acórdão ter sido proferido com base em uma data interpretação controvertida que, posteriormente, não veio ser a acatada pelo STJ).

Categoricamente, portanto, a utilização da Súmula 343 do STF nada mais é do que uma *flexibilização* in concreto dos *efeitos externos (ou transcendentales) da jurisprudência*, por partir do pressuposto de que o entendimento que vier a ser ditado pelo Tribunal

³⁴⁹ Assim ementado: “1. A contagem do prazo para a interposição do recurso especial ocorreu de forma correta, em consonância com a orientação firmada, à época, por esta Corte, que entendia que a intimação das decisões judiciais para o Ministério Público deveria ocorrer com a aposição do ciente por seu representante. 2. A mudança de entendimento implementada pela nova leitura feita pelas Cortes Superiores deve alcançar os casos futuros, não aqueles consolidados na constância da orientação anterior. 3. Ordem denegada”. (HC 89.568/RJ, 6ª Turma, Rel. Ministro Og Fernandes, j. em 05/03/2009, in www.stj.jus.br).

³⁵⁰ Eis a ementa deste julgado: “1- A decisão da Corte Especial deste Sodalício (julgamento em 18/04/2007) no sentido de ser o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, prematuro e incabível, por devendo ser reiterado ou ratificado no prazo recursal, não pode ser aplicada com efeitos retroativos às situações anteriores à sua publicação. 2- No caso, o recurso especial da ora agravante foi interposto em 06 de outubro de 2006, quando ainda não havia se formado o entendimento da Corte Especial do STJ no sentido acima explicitado. 3- Agravo regimental provido. (AgRg no Ag 827293/RS, 1ª Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, j. em 25/09/2007, www.stj.jus.br).

³⁵¹ Recurso em MS nº 19.951/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, j. em 02/09/2010, www.stj.jus.br).

³⁵² *Direito Sumular*, 10ª ed., ver. e atual., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 140.

Superior não será apto para impor a rescisão de julgados que tenham aplicado a lei federal de forma diferente (i.e., com base em interpretação judicial, à época, controvertida). Em outros termos, para fins do art. 485, inciso V, do CPC (“*violar literal disposição de lei*”), os precedentes do STJ que acabam por uniformizar a compreensão de uma norma só têm *eficácia futura* (i.e., prospectiva !), obstando a propositura de inúmeras ações rescisórias que resultariam em desordem social e em risco de vulneração do princípio constitucional da segurança jurídica.

Essa inferência, a propósito, que resulta de uma análise do conceito de *violação literal de lei*, que dá azo à propositura da ação rescisória, consistente na *decisão de mérito que não aplicou a lei ou a aplicou incorretamente*.³⁵³ Ora, partindo-se do pressuposto de que, constitucionalmente, a interpretação correta da lei é aquela manifestada pelo STJ (art. 105, III, da CF), o *decisum* que não estiver em consonância com tal exegese da Corte Superior é *incorreto* e, assim, literalmente vulnera a lei que lhe embasa. Esta a razão pela qual o enunciado contido na Súmula 343 do STF, na realidade, está a dizer que as interpretações finais do STJ *só são válidas*, pelo menos para fins de rescisória, *a partir de sua publicação*. Do contrário, pensamos nós, não haveria meios de sustentar que uma dada decisão não vulnerou disposição de lei se, mesmo albergando uma interpretação razoável e ao tempo controvertida, está em total descompasso com aquela última ditada pelo STJ, a qual, pela imposição do legislador constituinte, é a que deve prevalecer como *a única juridicamente correta* em todo território nacional !

A esse propósito, e com as mesmas impressões sobre o real alcance prático da Súmula 343 (e de outros com igual teor), vale conferir na íntegra as lições do Professor Estêvão Mallet: “Entre as exceções criadas pelos tribunais à aplicação retroativa da jurisprudência coloca-se, em primeiro lugar, o caso da ação rescisória fundada em ofensa à lei (art. 485, V, do CPC). Proferida certa decisão e verificado o seu trânsito em julgado ao tempo em que controvertido o significado da lei, a posterior consolidação de entendimento contrário ao decidido não permite rescisão do julgado, como assentado em vários precedentes, inclusive na Súmula 83, do Tribunal Superior do Trabalho e, ainda, na Súmula 134, do Tribunal Federal de Recursos [teor similar ao da Súmula 343 do STF]. *Tivesse a jurisprudência caráter essencialmente retroativo, não se justificaria a apontada restrição*. Afinal, seria irrelevante a controvérsia antes existente, diante de sua superação pela orientação por fim acolhida, dotada, em tese, de efeito retroativo. (...) A necessidade

³⁵³ Cf. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 10ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo, RT, 2007, p. 779.

da segurança jurídica, contudo, mais marcadamente presente no instituto da coisa julgada, impõe afastar no caso – e aqui os tribunais admitem, sem resistência, a conclusão – a aplicação retroativa da jurisprudência”³⁵⁴

São estes os fundamentos com base nos quais, em nosso ver, a Súmula 343 do STF encerra típica modulação jurisprudencial; é dizer, o STJ, quando a aplica aos casos concretos, *modula*.

De igual forma, os demais casos enumerados (itens “b” a “e”, *supra*) revelam situações nas quais o Superior Tribunal de Justiça está a admitir expressamente a correção da eficácia tradicional de seus precedentes – cuidaremos da análise desses temas com mais profundidade em capítulo próprio, já que se referem a temas alusivos à modulação *no direito processual*. Neste momento, importa constatar que, similarmente ao que ocorreu na ocasião em que cuidamos da *evolução* da matéria atinente ao reajustamento dos resultados externos dos precedentes na história do STF, *o Superior Tribunal de Justiça não deixa de relativizar os reflexos de seus acórdãos em dadas circunstâncias*.³⁵⁵ Os tempos, destarte, ditarão a necessidade desse excelso sodalício – caso não advenha lei em sentido expresse – de *revisar* seu atual posicionamento institucional para exercer com amplitude (e não apenas em casos isolados) suas legítimas prerrogativas de suavizar o alcance de seus precedentes, sempre que estiver plenamente consciente dos *efeitos perversos* que a retroatividade puder causar em relação aos jurisdicionados.

A *evolução* do tema no cerne do STJ, por fim, está muito bem representada pelo julgamento ocorrido no Recurso em Mandado de Segurança nº 19.951/RJ, oportunidade em que a 5ª Turma, *contrariando a posição da 1ª Seção* (formada pelas 1ª e 2ª Turmas), reconheceu aos Tribunais de Justiça Estaduais a possibilidade destes procederem à modulação da eficácia das suas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade das respectivas Constituições Estaduais.

O caso cuidou de declaração de inconstitucionalidade pelo Pleno do TJ/RJ de Lei Complementar Estadual por vício formal, reguladora de processos administrativos

³⁵⁴ “A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?”, *cit.*, p. 81.

³⁵⁵ E como bem observado por Leonardo e Silva de Almendra Freitas, “ainda que se procure reduzir o alcance teórico destes precedentes ao específico contexto [processual] em que formados, eles têm o indiscutível mérito de, ao menos, desmitificar a técnica [em relação ao STJ]” (v. “Desmitificando a modulação dos efeitos temporais das viradas jurisprudenciais - *prospective overruling* - no Direito Tributário: experiência jurisprudencial, aspectos processuais e um caso ideal para sua utilização - [i]legitimidade do contribuinte ‘de fato’, *in Revista Dialética de Direito Tributário* nº 189, p. 81).

correcionais. O Tribunal de Justiça, para evitar a decretação de nulidade de processos iniciados sob sua égide, determinou, em sede de Embargos de Declaração, que a sua declaração de invalidade da lei produzisse efeitos *ex nunc*, trazendo à luz a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. Ex-funcionário público demitido com base na lei local declarada inconstitucional impetrou MS para reverter a punição e, dentre os diversos argumentos adotados no *writ*, observou que a técnica de limitação da eficácia decisória é de competência exclusiva do STF, não sendo lícita sua utilização por Corte Estadual.

O Relator, Ministro Jorge Mussi, negou provimento ao Recurso Ordinário do Impetrante, reconhecendo a legitimidade do órgão *a quo* para exercer a relativização da força anulatória resultante da declaração de inconstitucionalidade, dentro da sua esfera de competência, forte na existência da previsão do art. 27 da Lei da ADI. Em voto-vista, o Ministro Felix Fischer enfatizou que o mecanismo ora em comento, notadamente no âmbito do controle concentrado, advém da aplicação de um juízo de ponderação que se deve fazer entre a segurança jurídica e o princípio da nulidade absoluta da lei reconhecida inconstitucional, *independendo, portanto, de lei especial que a preveja* – lembrou ainda o Ministro Fischer, a esse propósito, as reiteradas decisões do STF proferidas antes da edição da Lei 9.868/99, nas quais a Excelsa Corte excepcionou a eficácia *ex tunc* de seus julgados declaratórios de inconstitucionalidade.³⁵⁶

Vale colocar também que, ao tempo em que a 5ª Turma concluiu o julgamento acima (em 18/11/2010), a 1ª Seção já havia manifestado seu entendimento – proibitivo da modulação por outros tribunais, inclusive o STJ – nos Embargos de Divergência 738.689/PR, publicado no Diário Oficial do dia 22 de outubro de 2007. Logo, a posição da 5ª Turma representa nítida *ruptura* com a forte tendência do STJ – por nós verificada em diversos julgados consultados – de restringir o uso do mecanismo ora estudado ao Supremo Tribunal Federal.³⁵⁷

³⁵⁶ Os votos dos Ministros Jorge Mussi e Felix Fischer fizeram menção a julgado do STF, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Pet. 2.859/MC-SP), argumentando que o Supremo teria reconhecido a possibilidade de o tribunal *a quo* modular a eficácia da decisão no controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal. Todavia, ao que nos pareceu pelo exame do inteiro teor do citado acórdão, o STF não apreciou essa matéria em específico, mesmo porque a decisão do TJ/SP foi concedida com normais efeitos *ex tunc*. Assim, no julgamento da Pet. 2.859 a relativização dos efeitos foi agregada *pelo STF*, em sede de controle difuso, e não pelo tribunal *a quo*.

³⁵⁷ A posição conflituosa da eg. 5ª Turma poderia ter ensejado Embargos de Divergência, ante a diversidade de interpretação acima noticiada (o tema poderia, então, ter sido apreciado pela Corte Especial do STJ); entretanto, porque não houve a interposição de qualquer recurso pelo Impetrante, o acórdão transitou em julgado.

Tal *decisum* – e as demais demonstrações de apreço à tese da modulação manifestada em outros julgados da Corte – colocam *sob expectativa* a questão, demonstrando que, a persistir a lacuna legislativa (veremos no Capítulo 4, o tema está sendo parcialmente disciplinado no Projeto do Novo CPC), o STJ poderá *evoluir* em direção a uma tese mais abrangente, para admitir a obtemperamento de seus julgados (ao menos no *overruling*) e quiçá até mesmo dos pronunciamentos dos tribunais ordinários, conforme ocorreu no paradigma acima citado.

Não podemos deixar de registrar, ao fim e ao cabo, que a temática da “modulação” tem inequívoca *índole constitucional* (segurança jurídica, ato jurídico perfeito, proporcionalidade, isonomia, jurisdição constitucional etc.), razão pela qual, independentemente do que vier a Corte Especial do STJ decidir sobre a matéria, talvez a opinião derradeira incumba mesmo ao Supremo Tribunal Federal.³⁵⁸ E à luz da Constituição Federal e dos princípios que dela emanam, poderá o STF entender que o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua jurisdição *infraconstitucional*, está devidamente autorizado a modular sua jurisprudência. A ver !

3.4.7. Enfrentamento dos óbices colocados à modulação na jurisdição infraconstitucional e considerações finais sobre o tema.

É momento – já delineados os principais fundamentos sobre o tema controvertido – de refutar objetivamente os entraves que são colocados à adoção da prática da técnica de adequação dos efeitos das decisões dos tribunais superiores, apresentando, entretanto, algumas considerações conclusivas, sem prejuízo das consideradas nos tópicos acima.

De início, reputamos importante obtemperar que, quando do enfrentamento da matéria no citado *leading case* sobre o tema (EDiv 738.689/PR, 1ª Seção), anunciado o veredicto, repousou-se sobre o Superior Tribunal de Justiça uma *incomum desconfiança*, resultado de uma nítida *sensação de injustiça* sentida pela comunidade jurídica, em virtude

³⁵⁸ No julgamento do AgRg no REsp 1.140.158/RS, que apreciou acórdão do TJ/RJ que relativizou o juízo de inconstitucionalidade da Lei Orgânica do Município do Estado do Rio de Janeiro, para preservar a eficácia de inúmeras leis de tombamento delas oriundas, o STJ entendeu que a questão – objeto do referido REsp – deveria ser, a rigor, dirimida pelo *Supremo Tribunal Federal*, porquanto o fundamento essencial adotado pelo TJ/RJ para modular tinha índole *constitucional* (v. AgRg no REsp 1.140.158/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, v.u., j. em 18/11/2010, www.stj.jus.br). Todavia, a 2ª Turma do STJ (REsp 1.184.895/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 27/04/2010, www.stj.jus.br) tem conhecido dos recursos especiais, diante da análise da lei federal (art. 27 da Lei 9.86/99) e, conseqüentemente, tem reformado as decisões modulatórias dos tribunais inferiores, com base no entendimento – sufragado pela 1ª Seção – no sentido de que, à luz do aludido art. 27, apenas o Supremo Tribunal Federal pode, atualmente, adotar tal técnica.

de a Corte – *por maioria* – ter denegado a ponderação de sua nova orientação sobre uma questão tributária outrora pacificada em seu próprio âmbito (típico *overruling*).³⁵⁹ Essas críticas não podem ser consideradas meramente sob o aspecto de uma inevitável irresignação daqueles que tiveram de recolher o imposto envolvido na celeuma *sub judice* (e dos seus combativos advogados tributaristas), mas parece-nos tratar, em verdade, de um claríssimo *signal de alerta* acerca de uma eventual crise institucional que coloca, *data venia*, a pulcra missão do STJ, o “Tribunal da Cidadania”, sob suspeita, diante desse *ato de irresponsabilidade* em face dos direitos conquistados pelas partes à luz da jurisprudência da Corte.³⁶⁰ Suspeita essa, explicamos, porque a atividade do tribunal está sob xeque desde então, principalmente se for instado a revisitar sua jurisprudência antiquada; é dizer, porque o STJ se recusa (ao menos conscientemente) a fazer uso da modulação, toda vez que pratica o *overruling* atingirá em cheio a segurança jurídica, causando prejuízos em larga escala.³⁶¹ Ou, noutro sentido, para evitar a perpetração de tais prejuízos, tenderá a ficar muito mais *conservador*, o que lhe afetarà o desprendimento de julgar como bem quiser. Assim, restará sempre a dúvida sobre a *real liberdade* de o STJ, sendo o caso, revisar seus julgados sem o receio de ditar preceitos que possam causar danos à segurança jurídica, princípio do qual não se descure, é certo, mas que lhe impõe, *na contramão*, limites no modo de exercer sua jurisdição, exatamente porque não se vale de adoção das ponderações temporais ora defendidas.³⁶² É inevitável concluir, no ponto, que a melhor forma de o STJ, na qualidade de tribunal constitucional superior, guardião da uniformidade da interpretação das leis no âmbito nacional, exercer *na plenitude* os poderes que lhe são conferidos pela Carta Política, é lançando mão da técnica ora defendida, pois para tanto está devidamente autorizado por abundante substrato jurídico-constitucional.

³⁵⁹ Para Luiz Guilherme Marinoni, v.g., “o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento referido, perdeu grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um Tribunal incumbido de dar unidade ao direito federal” (v. *Precedentes Obrigatórios*, op. cit., p. 440).

³⁶⁰ Como revela com propriedade Teresa Arruda Alvim Wambier, o Judiciário precisa ter consciência clara da sua responsabilidade na criação e na manutenção do Estado de Direito, do Estado que não oprime e que não permite a ação de instituições opressoras, do Estado que preserva a segurança jurídica e, assim, a previsibilidade e a paz (“Precedentes e evolução do direito”, in *Direito Jurisprudencial*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2012, p. 93).

³⁶¹ Fábio Andrade critica o STJ pelo fato dele mudar sua jurisprudência, praticando o *overruling*, sem cuidar de olhar as situações passadas: “muito mais do que desrespeitar o cidadão ordeiro e que agiu de acordo com a orientação reinante, o STJ, quando promove mudança jurisprudencial sem qualquer cautela ou cuidado com os jurisdicionados, acaba por amesquinhar o seu próprio papel institucional (especialmente no tocante à uniformização de jurisprudência).” (cit., p. 57).

³⁶² Essa ideia é bastante tranquila na doutrina como pudemos observar no decorrer do trabalho. O Prof. Estevão Mallet, em artigo sobre o tema e amparado nas lições da doutrina estrangeira, confirma ao manifestar que “atribuindo-se à jurisprudência eficácia necessariamente retroativa, são maiores os transtornos e os problemas advindos de sua mudança, que, de um modo ou de outro, produz instabilidade e frustra legítimas expectativas criadas” e “em consequência, maior é a resistência à evolução”, isto é, “*tendem os tribunais a manter a linha seguida até então, não tanto ou nem sempre por conta de seus próprios méritos intrínsecos, mas em decorrências dos inevitáveis inconvenientes práticos da alteração*” (op. cit., pp. 79-80).

Posta tal advertência inicial, devemos recordar, para ordenar a exposição, que no julgamento do *leading case* sobre a temática – os citados Embargos de Divergência nº 738.689/PR, cuja relatoria foi atribuída ao ilustre Ministro Teori Zavascki –, refutou-se a limitação temporal das decisões na seara infraconstitucional com base nos motivos a seguir, em síntese apertadíssima, indicados: (a) inexistente norma expressa que admita ao STJ praticar a limitação dos efeitos de sua decisão, já que o art. 27 da Lei da ADI se refere apenas ao STF; (b) o mecanismo somente pode ser utilizado quando o tribunal exerce a função de “legislador negativo” (juízo de ilegalidade e não de interpretação de lei); (c) não há a possibilidade de manter írrita uma lei fiscal que a Corte reconhece como revogada, através da modulação dos julgados, sob pena de usurpação de competência do Poder Legislativo; (d) a prospecção requerida resulta na violação ao princípio da isonomia, beneficiando alguns contribuintes em detrimento de outros; e (e) inexistente o quórum especial do art. 27 da Lei 9.868/99, alusivo à reserva de plenário.

Quanto à objeção relacionada ao art. 27 da Lei 9.868/99, que no ver do STJ restringe o uso do mecanismo à jurisdição *constitucional* exercida pelo Supremo Tribunal Federal, entendemos, *sob duas vertentes principais*, que a existência do citado dispositivo legal, em verdade, induz uma conclusão em sentido diametralmente contrário.

Em primeiro lugar, o fundamento para que o STF exerça o ajustamento dos efeitos de seus precedentes não está propriamente na existência do aludido dispositivo infraconstitucional (art. 27 da Lei da ADI), mas advém de *regramentos constitucionais*, dentre os quais os multicitados princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade. Ademais, encontra amparo na necessidade de o tribunal poder *evoluir em seu* entendimento jurisprudencial sem receio de afetar direitos adquiridos, o que se coaduna com o princípio que vela por um *Judiciário independente*. A propósito – e isso nos parece um argumento fortíssimo –, a se considerar equivocada essa conclusão, *a contrario sensu* estar-se-ia admitindo a *inconstitucionalidade* do art. 27 da Lei 9.868/99, uma vez que lhe faltaria substrato jurídico apto para relativizar o princípio da supremacia da Constituição. Entretanto, à base do entendimento esposado pelo próprio STF, a suavização da eficácia das decisões está inserida em uma política judiciária, quase uma “prerrogativa” atribuída à conveniência da própria corte, dispensando, pois, seu tratamento em lei ordinária para que possa legitimamente ser adotada.

Nesse sentido – e ainda contra-argumentando a suposta limitação que consta do art. 27 da Lei da ADI, que aludiria apenas à jurisdição *constitucional* –, é preciso destacar a

similitude jurídico-institucional das cortes de superposição – e na qual se inclui, evidentemente, o STF. Conforme vimos nesse trabalho, na atividade desenvolvida por tais tribunais está presente a *potencialidade de produção do direito novo* (processo criativo do direito), em virtude das interpretações atribuídas à lei em sentido amplo, cada qual dentro de sua competência funcional e, por conseguinte, lidando com o *material legislativo* tal como definido pela Constituição. Tanto o STF, como o STJ – este, vale lembrar, concebido pela CF/88 a partir de uma *cisão* daquele –, estão expostos aos mesmíssimos problemas referentes ao exercício de suas funções de *último intérprete*, a significar que inexistem peculiaridades marcantes ou convincentes que permitam afirmar que os princípios constitucionais só liberariam o uso da modulação à Suprema Corte.

Estes fundamentos acima revelam, bem se vê, que a ocasional inexistência de norma específica admitindo expressamente que os tribunais de superposição suavizem certos reflexos de seus precedentes paradigmáticos não pode representar um sério obstáculo à sua adoção pelo Superior Tribunal de Justiça e, de igual modo, pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no que estamos referendados pela melhor doutrina,³⁶³ a partir de uma análise teleológica do ordenamento.

Em segundo lugar, a preexistência do art. 27 da Lei 9.868/99 só poderia ser trazida como mais um fundamento – *e não como objeção* – para permitir que os tribunais de superposição, na função *institucional* de controle de legalidade no âmbito nacional, *operem com todos os mecanismos* que lhes são conferidos pela ordem constitucional. Como suas decisões têm *incontroversa repercussão* (em outros termos, uma “*capacidade de universalização*”³⁶⁴), deve-se admitir que em certos momentos poderá haver o

³⁶³ “Mesmo que o art. 27 não existisse, o Supremo Tribunal Federal poderia e deveria limitar, quando necessário, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, bastando argumentar com a Constituição Federal. Uma norma, afirmando a possibilidade da limitação dos efeitos retroativos das decisões revogadoras de precedentes – ou, caso se queira em outros termos, de jurisprudência consolidada e pacífica – no Superior Tribunal de Justiça, jamais poderia ser vista como resultado da ‘livre opção’ do legislador infraconstitucional. Tal norma é imprescindível para o legislador cumprir com o seu dever de tutela da confiança justificada nos atos do Poder Público. O que significa dizer que a inexistência desta norma configura ‘falta de lei’, devendo, por isso, necessariamente ser suprida pelo Poder Judiciário diante dos casos concretos. Como o Judiciário não pode prestar adequada tutela jurisdicional sem limitar os efeitos da decisão que revoga precedente – deixa de lado jurisprudência pacífica ou, o que é o mesmo, inaugura nova compreensão de dada situação jurídica –, não há como subordinar a sua decisão, de limitação dos efeitos retroativos, à existência de lei. Na realidade, a possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder de julgar conferido aos Tribunais Superiores” (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, *op. cit.*, pp. 440 e 441). No mesmo sentido, dentre os tantos juristas de escol citados no decorrer desta tese, confira-se o valoroso estudo de Leonardo e Silva de Almendra Freitas (*op. cit.*, p. 85).

³⁶⁴ “As decisões dos Tribunais Superiores, especialmente as dos Supremo Tribunal Federal, possuem maior *capacidade de universalização*, em razão do teor abstrato dos seus julgados”. (Ávila, *op. cit.*, p. 488). *Idem*, defendendo a prospeção dos precedentes “quase-vinculantes” advindos das mais altas cortes (v. Bustamante, *op. cit.*, p. 463).

temperamento dos limites de seu alcance, em respeito a princípios constitucionais relevantes, fazendo uso da proporcionalidade. Propugna-se, destarte, por uma *interpretação analógico-extensiva*³⁶⁵ ou *abdutiva*³⁶⁶ desse dispositivo, com vistas a reforçar a tese ora esposada.³⁶⁷

Abrindo um parêntese, nota-se que essa mesma aplicação *analógica* defendida pelos doutros soa bastante razoável no momento em que se recorda, adicionalmente, que *na jurisdição administrativa* é terminantemente proibida a retroatividade das *novas interpretações* emitidas pela Administração Federal, no julgamento dos casos concretos a ela submetidos, consoante *expressa previsão legal* contida no inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99,³⁶⁸ ou mesmo nas hipóteses descritas no art. 100, inc. III, do Código Tributário Nacional, cujo texto obsta a eficácia retroativa aos *entendimentos* fazendários sobre pagamento de tributos. Aliás, o próprio STJ tem reafirmado em seus julgados recentes que, “quando a Administração Pública *interpreta* erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto [posterior] dos mesmos, *ante a boa-fé* do servidor público”.³⁶⁹ Assim se percebe, a fartura de legislação federal e de acórdãos disciplinando a *irretroatividade da exegese da lei* levam-nos a crer que a modulação da jurisprudência não pode ser encarada, pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, como um *tabu* ou um *pecado mortal*: trata-se, antes de tudo, da utilização de uma *regra de justiça* à qual o sistema jurídico já está de certa forma afeiçoado.

Nesse passo, apresenta-se igualmente insubsistente o argumento segundo o qual a permissão atribuída pelo legislador ao STF – de equilibrar a força temporal de suas decisões – estaria circunscrita às decisões de *inconstitucionalidade*, i.e., quando o tribunal exerce a função de “legislador negativo”.

³⁶⁵ Cf. Roque Carrazza, *op. cit.*, pp. 68/69. Também defendendo a modulação pelo STJ, com base na aplicação analógica do art. 27 da Lei da ADI, v. o artigo de Fábio Martins de Andrade (“Breve Estudo acerca da Necessária Modulação Temporal dos Efeitos da Decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.269.570”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 206, p. 49).

³⁶⁶ Cf. Tercio S. Ferraz Jr., *op. cit.*, pp. 24/25.

³⁶⁷ Em suma, não se poderia dizer que uma lei que permite a aplicação de certo instituto a um determinado Tribunal, com funções muito parecidas com a de uma outra Corte, amparada em princípios constitucionais de primeira grandeza, possa ser vista como um argumento de rejeição à *extensão* da adoção da técnica nela propugnada por meio de uma exegese ampliativa do sistema.

³⁶⁸ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

³⁶⁹ REsp. 1.244.182/PB, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 10/10/2012, www.stj.jus.br.

Com efeito, conforme demonstrado em tópico próprio deste trabalho, tal assertiva não é verdadeira, porque o STF tem ajustado os reflexos de seus acórdãos emblemáticos inclusive nos casos nos quais participa da “criação do direito” mediante a adoção da chamada *interpretação conforme* a Constituição, exercendo a posição de típico “*legislador positivo*”.³⁷⁰ Por esta razão, para especificar os limites temporais de uma dada jurisprudência, não necessariamente o tribunal precisa agir sob forma de “legislador negativo” – i.e., nulificante da norma ilegal interpretada por ela estar em desconformidade com outra de maior hierarquia³⁷¹ –, bastando seja chamado para, pura e simplesmente, *interpretar a lei*. No âmbito da competência do STJ ocorrerão inúmeras hipóteses nas quais a Corte, no cumprimento de seu dever de indicar a melhor exegese da norma infraconstitucional, ditará um *preceito* a ser seguido por toda nação, o que poderá causar abalos relevantes à segurança jurídica e à ordem social, admitindo-se – tal como ocorre na jurisdição constitucional – a faculdade de dizer que aquele dado entendimento só valerá para o futuro ou determinados sujeitos de direito.

Especificamente no tocante à *virada da jurisprudência*, pouco importará discutir se o tribunal age na condição de legislador negativo (juízo de ilegalidade) ou positivo (juízo de interpretação). É que, *in casu*, a técnica do *prospective overruling* decorre da *desestabilização* de um entendimento pretoriano outrora solidificado, capaz de gerar na sociedade a frustração de suas “expectativas legítimas”, comprometendo a segurança jurídica e tantos outros princípios que estejam relacionados com o *thema decindendo*. As premissas teóricas que dão amparo à prospecção, aqui, *são outras*, não se relacionando diretamente com a incompatibilidade da lei frente à Constituição,³⁷² consoante se argumentou – *data venia*, de forma equivocada – no supracitado EDiv 738.689/PR (influenciado por considerações incidentais de um anterior julgamento do STF, no sentido de que a modulação só seria possível se e quando a Corte agisse como “legislador negativo”, as quais foram posteriormente *abandonadas* pelo próprio Excelso Pretório).

³⁷⁰ Confira-se, antes mesmo da edição da Lei 9.868/99, o caso da revogação da sua Súmula 394 pelo STF (QO no Inq. 687, j. em 25/08/99)e, após a vigência da Lei 9.868/99, o julgamento da questão referente à filiação partidária – MS 26.603-1/DF e da aplicação das normas de responsabilidade fiscal ao Distrito Federal – ADI 3.756-1, todos já comentados neste trabalho.

³⁷¹ Veja-se que inclusive o STJ cumpre tarefa de “*legislador negativo*”, oportunidade em que *anula* ou *nega vigência* a certas normas infraconstitucionais, porquanto o exame de revogação (na qual se inclui a *derrogação* – cf. art. 2º LICC) é matéria que está incluída na sua competência, sem contar a declaração de *pura ilegalidade*, que muito se aproxima do juízo de inconstitucionalidade.

³⁷² Em reforço disso, vale conferir a explanação de Leonardo e Silva de Almendra Freitas: “a tentativa de reservar a modulação às situações em que houvesse reconhecimento da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição distancia-se das premissas teóricas do *prospective overruling*, já que, nesta, a insegurança e a instabilidade que se pretende aliviar não estão sendo geradas pela inconstitucionalidade – ou mesmo ilegalidade –, mas sim pela ruptura de uma linha jurisprudencial até então consolidada, tornando, assim, desinfluyente a específica natureza da controvérsia versada ou a categorização jurídica do resultado da decisão” (*op. et. loc. cit.*, p. 85).

Evidentemente – cabe abrir um parêntese –, tudo o que se disse acima parte do pressuposto, reafirmamos, de que algumas decisões judiciais produzidas pelos tribunais de superposição têm acentuada sua característica de instrumento de *produção do direito posto*, a ensejar que idênticas restrições atribuídas à retroatividade *das leis* em sentido estrito devam ser estendidas, *de certa forma*, a tais precedentes. Portanto, aqueles que estão a discordar da capacidade de a jurisprudência formar o novo direito a partir de seus enunciados, certamente encontrarão maior resistência em sustentar a tese ora esposada.

Esta ressalva surge porque no precedente do STJ que examinou a controvérsia ora debatida (aludimos de novo ao EDiv nº 738.689/PR), o pano de fundo dizia respeito à reviravolta jurisprudencial acerca da *revogação*, ou não, de uma lei fiscal que atribuiu *isenção* a certos contribuintes. No passado, mediante reiterados precedentes, o STJ reafirmara a *vigência* dessa isenção, entendendo que ela, de fato, não havia sido revogada. Posteriormente, todavia, voltou atrás e reconsiderou sua posição, passando a entender que o dito benefício fiscal não subsistia, pois, a rigor, tinha sido revogado. Ora, nesta hipótese, ao contrário do que restou decidido no voto do Ministro Relator do EDiv 738.689/PR, parece que o STJ não agiria na forma de “legislador” se mantivesse a eficácia da sua *jurisprudência passada*, confirmatória de uma *regra prevista em lei* (isenção fiscal), que somente veio a ser “declarada revogada” depois de muito tempo pelos *julgados mais modernos* do tribunal.

Considerando as orientações da jus-filosofia segundo as quais *norma é texto interpretado*, não se vê muita dificuldade em concluir que as decisões judiciais podem eventualmente participar do processo criativo do direito, de forma que se tornem passíveis de ter seus efeitos equalizados, sem que isso resvale em problemas de *divisão das funções entre os Poderes*. Destarte, não faria as vezes de um legislador – é bom que se explique isso – atribuisse o STJ *vigência* por um determinado período a uma lei que *somente posteriormente* ele, tribunal, reconheceu *revogada*, a partir de uma guinada de cento e oitenta graus em sua compreensão sobre o assunto. Afinal, se até mesmo *uma lei inconstitucional pode vigorar* por determinado período, da forma como reza o art. 27 da Lei da ADI, idêntico tratamento há de receber a lei ordinária reputada *nula* por vício de ilegalidade ou revogação superveniente.³⁷³ Veja-se: neste ponto inexistente qualquer

³⁷³ Ou, na indagação da doutrina: “sendo certo que inconstitucionalidade, por definição, traduz vício de maior gravidade para o sistema, porque não se poderia fazer o mesmo com outros que, no máximo, estariam acometidos de mera ilegalidade? Seria possível o mais, mas não o menos?” (cf., ainda, a recente análise de Leonardo Freitas, *op. cit.*, p. 85). Como vimos anteriormente, o Professor Cândido Dinamarco também ressalta o paradoxo existente entre a possibilidade de uma lei inconstitucional vigorar por um certo tempo, sem que isso seja de alguma forma estendido ao juízo de ilegalidade (*op. cit.*, p. 73).

“invasão” de atividade legislativa, há, isto sim, o reconhecimento de que a manifestação *tardia* da jurisprudência (ou, de igual modo, sua *evolução*) impõe a observância da *segurança jurídica*, a partir da manutenção do *status quo*, conquanto este tenha sido formado à míngua de legislação válida ou, o que dá na mesma, juridicamente vigente. Aliás, é do *desejo* do legislador constituinte que a segurança jurídica seja preservada em relação ao “ato de Estado” praticado pelo Judiciário consubstanciado no *overruling*, minimizando o tumulto daí decorrente.

Evidentemente, não se desconsidera a *eventual* incongruência jurídica de se impor a validade de leis reconhecidamente ineficazes ou até mesmo de se manter no tempo uma interpretação equivocada sobre dado texto normativo. Ocorre que – *e aqui é preciso contextualizar a análise* – a ratificação de atos que em tese seriam inválidos (ou que não poderiam *produzir efeitos*) só se faz possível para salvaguardar princípios constitucionais de máxima relevância, observado um *juízo de proporcionalidade* que, invariavelmente, relega a um segundo plano outros valores constitucionais (aqueles que, confrontados, se mostraram desimportantes). Assim, cabe indagar: que mal há em se manter a vigência de uma lei e as situações com base nela consolidadas (porque assim a jurisprudência antiga induziu), se tal solução visa a proteger um bem jurídico muito mais caro do que o próprio reconhecimento judicial no sentido de que a lei não estava mais em vigor? Não vemos, *in casu*, qualquer situação inusitada ou avanço sobre a atividade legislativa propriamente dita e, nesse sentido, acompanhamos a doutrina que, de modo similar, pondera: “excetuar alguns atos e sujeitos dos efeitos retroativos de uma decisão não significa dar efeitos prospectivos à lei revogada, ainda que tal decisão tenha reconhecido que, na época da prática dos atos, a lei não deveria produzir efeitos. Ora, se no momento em que os atos foram praticados, o Poder Judiciário afirmava que a lei estava em vigor, inegavelmente existia ‘norma jurídica’ para orientar os jurisdicionados. Se esta norma é revogada por norma posteriormente emanada do próprio Poder Judiciário, a nova norma não pode retroagir para apanhar as situações que se consolidaram à época em que era justificada a confiança na norma judicial revogada”.³⁷⁴

Nesse contexto de considerações finais, deve-se esclarecer, agora, o motivo por que não é convincente o argumento segundo o qual a manipulação infringiria o *princípio da isonomia*, em virtude do fato de que uma parte dos jurisdicionados ficarão desguarnecidos do direito declarado (argumento esse adotado pelo Ministro Luiz Fux e considerado em um sentido mais amplo no voto do Ministro Relator Teori Zavascki). Em nosso ver, no

³⁷⁴ Cf. Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, op. cit., p. 442.

momento em que se decide, nessa esfera, que o novel precedente não irá afetar certa parcela de jurisdicionados, faz-se tal diferenciação para resguardo de um valor mais relevante, sempre, certamente, após um *cuidadoso juízo de oportunidade e ponderação*. O ajustamento da eficácia do julgado, portanto, pressupõe a exclusão de alguns sujeitos por ele afetados, a partir de critérios que possam ser considerados *equitativos*, a exemplo da extensão do benefício fiscal apenas àqueles que estejam *sub judice* (tal como proposto no erudito voto do Ministro Herman Benjamin, supracitado)³⁷⁵ entre outros (v.g., em hipótese de *overruling*, poderá o tribunal dizer que somente irão se beneficiar da antiga jurisprudência as partes que já tenham demandas ajuizadas, excluindo aquelas que não foram a juízo, às quais se aplicaria o novel entendimento³⁷⁶). Destarte, de uma forma ou de outra, sempre haverá um grupo de indivíduos que sentirá mais diretamente os impactos desse “repaginamento” temporal e subjetivo da interpretação judicial; porém, insistimos nessa ideia, isto nos parece ser um *mal menor*, justificável para preservar outras situações amparadas por princípios *mais dignificantes*.

De mais a mais, do mesmo modo que acontece perante o Supremo Tribunal Federal, a modulação das decisões tem *caráter excepcionalíssimo* (v. Capítulo 3.4.9, *infra*) pois somente poderá ser decretada naquelas hipóteses estreitíssimas que tenham manifesta repercussão e desde que representem importante ameaça ao princípio da segurança jurídica e à ordem social (normalmente, a jurisprudência deve retroagir na condição de manifestação do entendimento da lei que deveria ser seguida desde o início da sua vigência). Quer dizer, essa excepcionalidade está pautada no fato de que os precedentes, embora tenham a aptidão de conceber o direito novo, não são propriamente lei em sentido estrito, de forma que a mitigação dos seus efeitos somente deve ser feita *casuisticamente*, com vistas à proteção de valores juridicamente relevantes; enfim, um *meio-termo*, talvez até mesmo amparado em certo *pragmatismo*,³⁷⁷ mas cujo emprego se mostra absolutamente imprescindível para enfrentar o problema. Sempre que se decidir limitar o alcance de um certo precedente, é porque a adoção da técnica, naquele caso específico,

³⁷⁵ Ademais, faz sentido limitar a jurisprudência antiga apenas aos litigantes, já que *dormientibus non succurrit jus* (Leonardo e Silva de Almendra Freitas, *op. cit.*, p. 86).

³⁷⁶ Voltaremos a este tema quando da análise do Projeto do Novo CPC.

³⁷⁷ O mesmo pragmatismo que sustenta a teoria da modulação no direito constitucional norte-americano e europeu, assinalado pelos juristas que examinaram o tema: v. Eduardo García de Enterría (“Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, in RDP 92/5, p. 13) e Mauro Cappelletti (v. *O Controle Judicial*, *op. cit.*, p. 122). *Idem*, Thomas Bustamante: “o *prospective overruling* nasce, portanto, do *pragmatismo* e do realismo jurídico norte-americano, com se potencial extremamente inovador e criativo para fornecer soluções ao jurista prático, que o tornou capaz de flexibilizar o uso de conceitos como ‘nulidade’ e ‘aplicação do Direito’ e quebrar dogmas como o do caráter meramente declaratório da decisão judicial” (*Teoria do Precedente Judicial*, *cit.*, p. 419).

sobreleva-se ao eventual problema resultante do tratamento *desigual* que isso poderá ensejar a um determinado grupo de pessoas (aos não-litigantes, *e.g.*).

Visando concluir este capítulo, somos do entendimento de que não é preciso “quorum especial” (i.e., reserva de plenário) para que o STJ module suas decisões, tanto é que, pudemos ver alhures, a Corte vem prospectando alguns de seus julgados sem atinar a tal exigência (o STF, de igual modo, faz ressalvas à questão do quorum³⁷⁸). De qualquer modo, havendo dúvida sobre isto, nada impede que a Corte Especial *regulamente* o tema no âmbito de seu Regimento Interno, deliberando sobre o *órgão competente e respectivo quorum* para aplicar a técnica, a exemplo do que ocorreu com regulamentação da *reclamação* com vistas à preservação da jurisprudência do STJ em face de eventuais divergências praticadas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis.³⁷⁹ Ora, se é possível regular regimentalmente a reclamação que não está na lei, mas resulta apenas da *interpretação* da Constituição, o que impediria o STJ fazer a mesma coisa no tocante à modulação de seus precedentes ? Entretanto, na ausência de regra regimental específica sobre o tema, somos do entendimento no sentido de que o temperamento do precedente caberá ao órgão responsável pela análise do mérito do recurso (Turma, Seção ou Corte Especial, conforme o caso), porque quem decide o direito está autorizado a, com muito mais aptidão, dizer *a partir de quando e como* essa regra interpretada poderá ser aplicada.³⁸⁰ Os problemas daí decorrentes, pensamos nós, seriam apenas aqueles resultantes de eventuais *divergências internas* sobre matéria de competência de várias turmas, a possibilitar que em determinado período uma certa turma afirme o direito e regule sua temporalidade de forma totalmente contrária à praticada por um outro órgão fracionário. Neste caso, a divergência possível, que antes se resumia à *interpretação do direito* (e que seria dirimida pela *Seção* e, subsequentemente, havendo controvérsia entre as Seções, pela *Corte Especial*), agora repousaria sobre os *limites temporais ou subjetivos* da tese decidida no acórdão. Isto impõe constatar, por outro ângulo, que a modulação deverá ser preferencialmente analisada pelo órgão principal do tribunal (no STJ, sua Corte

³⁷⁸ O quórum mínimo não vem sendo considerado pelo STF quando se trata de juízo não voltado à declaração de inconstitucionalidade de lei. Neste rumo, anotou Leonardo Freitas que, no julgamento do MS 26.603/DF, STF, o Ministro Celso Mello observou que quando não se cuidar de situação assimilável prevista no art. 27 da Lei da Ação Direta, não se impõe a votação (*e aprovação*) da medida de modulação dos efeitos da decisão pelo voto de oito Ministros da Corte, bastando, para tanto, que haja, pelo menos, seis votos (*op. cit.*, p. 93).

³⁷⁹ A matéria foi inserida no Regimento a partir de uma decisão do STF que, interpretando a Constituição, entendeu que a reclamação seria um remédio cabível para superar o problema do desrespeito à jurisprudência do STJ pelas Turmas Recursais.

³⁸⁰ Isto é, “dizer a partir de quando uma interpretação deve ser aplicada é menos do que dizer o direito” (cf. Leonardo e Silva de Almendra Freitas, *op. et loc. cit.*, p. 93).

Especial³⁸¹), para evitar que *divergências internas* sobre o mesmo tema causem eventual tumulto. Assim, *de lege ferenda*, propomos apenas para reflexão a adoção do seguinte procedimento interno: (a) decidindo o mérito da causa, se após um exame prévio o órgão fracionário (Turma ou Seção) entender, por sua maioria, haver campo para impor adaptações de sua decisão, (b) submeterá o caso à Corte Especial, à qual cumprirá decidir a questão, eventualmente seguindo a trilha do art. 27 da Lei. 9.868/99 no tocante ao quorum mínimo. A par disso tudo, vale frisar finalmente, nenhum desses problemas referentes ao *procedimento* (hoje inexistente) sobre de que maneira o STJ irá aplicar a técnica da modulação pode ser colocado como obstáculo sério ou determinante para que ele deixe de exercer sua competência jurisdicional neste âmbito.

São essas, em resumo, as considerações finais em termos de resposta às objeções trazidas contra o direito de o STJ modular o efeito de suas decisões.

3.4.8. A proibição da modulação da jurisprudência pelos tribunais ordinários.

Teoricamente, a técnica da modulação pode ser praticada *por todos os tribunais pátrios*, desde que se antevejam motivos suficientes para tanto, conforme, aliás, nos mostrou a experiência norte-americana, na qual as Cortes de Apelação dos respectivos Estados-membros vez ou outra se colocam a adotar o *prospective overruling*.

Todavia, na sistemática processual-constitucional-recursal brasileira, a utilização pelos tribunais ordinários de tal instrumento para corrigir a eficácia “retrooperante” dos seus respectivos julgados, em nosso ver, resvala exatamente nos mesmíssimos fundamentos que estão a autorizá-lo na seara dos tribunais superiores.

Com efeito, os julgados dos tribunais de justiça e federais não possuem força persuasiva especial, na medida em que – quando interpretam a lei – suas decisões estão sujeitas à revisão superior. Porque a preocupação pelos efeitos das decisões decorre daqueles julgamentos impactantes que se debruçam sobre a interpretação da legislação infraconstitucional *no âmbito nacional*, pode-se dizer com certa tranquilidade que, atualmente, os precedentes dos tribunais de segundo grau possuem *repercussão* quase que

³⁸¹ Expressa Humberto Ávila, ao notar que há decisões sem força vinculante, mas que revelam uma grande “pretensão de permanência” ou pouca verosimilhança de modificação no futuro ou, ainda, uma presunção formal de correção (*op. cit.*, p. 483). Logo, é conveniência, se possível, que a modulação seja realizada quando houver uma última decisão da Corte, para evitar nova insegurança.

insignificante (embora valiosa do ponto de vista jurídico), frente ao sistema de controle instituído no país a partir da redação dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal de 1988.

Por via de consequência, sem que haja uma *repercussão minimamente necessária* do precedente, os riscos de se atingir potencialmente princípios constitucionais relevantes, dentre os quais, a segurança jurídica, são quase que reduzidos a zero. Indaga-se: que mal grave poderá causar uma decisão de um Tribunal Regional Federal sobre a interpretação de uma lei tributária se, automaticamente, tal decisão estará sujeita a recurso especial e a orientação será em algum momento revisada pelo Superior Tribunal de Justiça ?

Como se vê, faltam aos juízos de segunda instância os requisitos constitucionais necessários para autorizar o temperamento de seus pronunciamentos, dentre os quais a possibilidade de alguém sustentar com seriedade que depositou sua *confiança legítima* em um precedente de segundo grau,³⁸² ciente de que tal decisão não era de última instância e, conseqüentemente, estava sujeita à modificação recursal extraordinária.³⁸³ Dessa forma, pode-se inferir que inclusive nas hipóteses de *overruling* em segundo grau de jurisdição, a modulação encontra obstáculos, porque o *novo precedente* será também objeto daquele mesmo exame recursal junto aos excelsos pretórios.

Acresce que a regra constitucional que está a velar pela unidade na interpretação do direito, razão de ser dos arts. 102 e 105 da CF/88, afasta a possibilidade de os tribunais distribuídos pela federação estabelecerem limites retroativos às suas respectivas exegeses sobre a lei, porque tal conduta certamente resultaria em um imenso *tumulto*, contrariando o escopo previsto nos arts. 102 e 105 da Constituição. Basta imaginar, a esse respeito, como ficaria *confuso* o entendimento da lei federal e da Constituição acaso diferentes órgãos fracionários (Câmaras ou Turmas) dos mais diversos tribunais do país dispusessem de forma divergente sobre o direito controvertido e sua eficácia...

Portanto, entendemos que a análise lógico-sistemática dos preceitos constitucionais de direito material e processual acaba por *proibir* a modulação da eficácia decisória no

³⁸² Daí afirmar Humberto Ávila que, em contraposição aos precedentes do STJ e do STF, as decisões intermediárias dos órgãos jurisdicionais de segundo grau não estão aptas a gerar uma “base qualificada de confiança” (v. *Segurança Jurídica*, op. cit., p. 484).

³⁸³ Essas considerações acima, porém, não estão a afastar a possibilidade absoluta de um precedente de um tribunal estadual ou regional qualquer gerar expectativas legítimas de forma a exigir um tratamento diferenciado quanto aos seus efeitos, por exemplo, em hipótese de *overruling*. Ocorre que a probabilidade disso ocorrer na atual sistemática recursal constitucional é *tão-ínfima* que duvidamos concretamente possa surgir algum caso que abra espaço para alguma modulação pelo próprio tribunal de segundo grau.

âmbito dos demais tribunais ordinários,³⁸⁴ razão pela qual somos *contrários* à proposta apresentada pelo Relatório do Deputado Sérgio Barradas, como Relator indicado pela Câmara dos Deputados para examinar o Projeto do novo CPC, admitindo a adoção da técnica modulatória *por todos os tribunais do país* (v. Capítulo 4.3.4, *infra*).

Talvez uma exceção a esse nosso entendimento seja o julgamento daquelas matérias cuja apreciação é *reservada* ao Tribunal de Justiça – i.e., o controle de constitucionalidade das *leis estaduais e municipais* e da própria Constituição Estadual - cf. art. 125, § 2º, CF. Aqui, a última palavra é do Tribunal de Justiça, salvo se sua interpretação for completamente dissonante daquela estabelecida no STF, com relação a princípio contido na Carta Estadual que seja comum à Constituição Federal.³⁸⁵ A propósito, em acórdão proferido pela 5ª Turma do STJ, cujo teor já tivemos a oportunidade de debater no curso desta tese, reconheceu-se ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a legitimidade para modular decisão proferida no âmbito do controle de constitucionalidade de Lei Complementar Estadual, forte no princípio da segurança jurídica e da proporcionalidade.³⁸⁶

Do mesmo modo, as Turmas de Uniformização criadas no âmbito dos Juizados Especiais Federais (v. art. 14, inc. I, da Lei 10.259/01), no momento em que procederem à uniformização da *sua jurisprudência processual resultante da exegese do sistema procedimental instituído pela Lei 10.259*, cuja análise o STJ tem recusado, ao julgar-se incompetente para apreciar o tema,³⁸⁷ poderão deliberar sobre eventuais equacionamentos

³⁸⁴ Sendo assim, entendemos, *embora sob outros fundamentos*, correta a decisão do STJ no já citado REsp 1.184.895/MG, refutando a aplicação da técnica prevista no art. 27 da Lei 9.868/99 a órgão de instância inferior.

³⁸⁵ “Em se tratando de acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal e decidido em face de dispositivo da Constituição do Estado-membro, só é cabível, em princípio, recurso extraordinário para a anulação do acórdão recorrido por vício formal ou de competência constitucionais, como, quanto ao primeiro, a falta de fundamentação, ou, excepcionalmente, por vício material, quando a ação foi julgada em face de princípio cuja reprodução se tenha de fazer exatamente no teor do existente na Constituição Federal, e se sustenta que a interpretação dada ao dispositivo constitucional estadual que o contém é diversa da que esta Corte deu ou dará ao correspondente na Carta Magna federal. E essa limitação se explica porque, no primeiro caso, se fiscaliza o respeito à Constituição da República, sem que esta Corte venha a julgar o mérito da ação direta que se situa no âmbito da competência estadual; e, no segundo, em face da ampla fundamentação em que se baseia a jurisprudência que se firmou nesta Corte, a partir do julgamento da Reclamação 383, e que permite que esse Tribunal mantenha a decisão de mérito recorrida ou a reforme (RTJ 172/997)” – cf. Theotonio Negrão, José R. F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 43ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, nota 3 ao art. 125 da CF, p. 82.

³⁸⁶ Recurso no MS nº 19.951/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, v.u., j. 02/09/2010, www.stj.jus.br.

³⁸⁷ O STJ tem entendido que não pode interferir na interpretação de matéria processual relativa ao sistema procedimental dos Juizados Especiais, pois a competência para ditar a interpretação dessa lei não lhe alcança, apesar do teor do art. 105, III, da CF. Assim, não se admite a reclamação contra o julgado da Turma Recursal quando a questão de fundo é de cunho meramente *processual*, ainda que a decisão dos Juizados vulnere orientação do STJ sobre o tema, a partir do exame do CPC (v. Recl. 4.278/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 05/05/2011, www.stj.jus.br).

(por exemplo, determinando que um dado requisito de admissibilidade recursal resultante da interpretação divergente da Lei dos Juizados Especiais seja exigido *prospectivamente*, a partir da data da uniformização da jurisprudência dos respectivos Colégios Recursais sobre o tema).

Põe-se agora para análise uma questão diversa, sobre a possibilidade de *modulação da jurisprudência dos tribunais superiores pelos juízes de grau inferior e tribunais de segundo grau*. Isto é, seria possível, no silêncio do STF/STJ a respeito dos efeitos – retroativos ou não – de seu precedente, a modulação ser discutida em um outro caso concreto em primeiro grau de jurisdição e aplicada de alguma forma pelo juiz monocrático? Ou ainda, havendo *overruling*, o juiz de primeira instância poderá deixar de adotar a nova jurisprudência do tribunal superior protegendo interesses da parte fundado na *confiança legítima* que se depositou sobre os antigos precedentes ? Ou haveria aí um problema de violação de *competência* ?

Realmente, a controvérsia não é de fácil resolução, pois, *de um lado*, permitir que os juízes manipulem os consectários da jurisprudência do STF/STJ poderá ensejar uma *quantidade enorme* de demandas apenas para discutir a incidência do direito previsto no precedente mediante tal mecanismo. Subsiste, ademais, o problema de *competência*, pois rigorosamente poder-se-ia entender que a manipulação de efeitos decisórios é uma *prerrogativa* exclusiva do tribunal que produz o precedente (*a matter of judicial policy*, para lembrar o entendimento clássico da Suprema Corte americana) e, sendo assim, se ele nada disse sobre os reflexos do *decisum*, é porque não quis modulá-lo. *De outro lado*, porém, existem certas situações em que o STF e, com igual razão, o STJ, não estão aptos para delimitar *in abstracto* o alcance dos reflexos decisórios, notadamente naqueles casos que estão a depender da *prova* da confiança legítima no precedente revisitado quando há a reformulação judicial interpretativa (i.e., a análise dos *reais* resultados práticos da nova decisão no mundo fenomênico careceria de uma *aferição casuística*).³⁸⁸ Cabe lembrar, no passado, bem antes da edição da Lei 9.868/99, chegaram ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário diversas *demandas incidentais* no âmbito das quais houve a suavização da decisão declaratória de inconstitucionalidade *ex tunc*, a exemplo das *ações*

³⁸⁸ Conforme lições de Humberto Ávila, esse ajustamento posterior da eficácia do precedente não apenas é possível como é aconselhável para permitir que haja a devida *prova* do preenchimento dos requisitos necessários à proteção das situações individuais, por exemplo, a demonstração do *transcurso do tempo* (prescrição, decadência); da *consolidação jurídica* (direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, fato gerador ocorrido) ou *fática* das situações (por estarem consolidada no tempo); da confiança legítima depositada em dado precedente que orientou a prática de determinado ato; etc.: “Ora, a configuração de todos esses casos depende de *prova concreta*, não podendo, portanto, ser objeto de consideração direta e abstrata no controle concentrado de constitucionalidade” (v. Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 570).

judiciais exigindo a devolução dos proventos recebidos pelo funcionário público com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo, as quais foram julgadas improcedentes porque se entendeu que, a despeito do julgamento do Supremo, a repetição não seria possível por ferir a segurança jurídica e o princípio que veda a devolução de verbas alimentares.³⁸⁹

Coerentes com a conclusão quando cuidamos de expor o tema à luz da jurisdição constitucional (v. Capítulo 2.3.3), nosso entendimento converge no sentido de que a matéria poderá, de fato, voltar à tona em uma nova causa, incidentalmente, cabendo ao juiz ou ao tribunal, *de forma fundada*, imprimir restrições aos reflexos da jurisprudência do STF e do STJ quando estes silenciarem completamente sobre a questão – e apenas nesta hipótese, advirta-se.³⁹⁰ Solução diversa desta ora aventada poderá ensejar a vulneração de princípios constitucionais de máxima relevância e, desse modo, apesar dos eventuais riscos que envolvem essa prática, não vemos meios de retirar do juiz ordinário o poder de ajustar os efeitos do precedente do STJ/STF em tais circunstâncias, mesmo porque, é fato, “o interesse do jurisdicionado em provocar a questão só despontará quando a nova orientação capaz de comprometer a sua pretensão for aplicada – ou estiver em vias de sê-lo – ao caso no qual figure (...)”.³⁹¹

Sendo assim, para assentar a conclusão a respeito desta questão, podemos dizer que, havendo *omissão* da corte superior sobre a abrangência do *overruling* ou do juízo de ilegalidade-interpretação da norma que possam de alguma forma impactar a segurança

³⁸⁹ Ver, sobre isso, nossas considerações constantes dos primeiros capítulos desta tese, com fulcro nas lições de Gilmar Mendes (*Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*, pp. 304-305).

³⁹⁰ Admitindo a modulação, em todos os tribunais, Leonardo e Silva de Almendra Freitas explica que “não se pode perder de vista que, ao pronunciar o *jus dicere*, o Estado-juiz dita o direito aplicável ao caso, e este é fornecido pelo sistema jurídico como um todo e não por um dispositivo. Ora, a se recusar a um órgão judicante a prerrogativa de constatar potencial violação, no caso submetido à sua apreciação, àqueles postulados constitucionais, e, ato contínuo, remediá-la, estar-se-á, em última análise, forçando-o a aplicar exclusivamente o específico dispositivo cuja interpretação foi alterada, e, portanto, a ignorar todo o restante do ordenamento jurídico. Ou seja, estaria exercendo uma jurisdição mutilada, ficando incurso em uma inaceitável *capitis diminutio*” (v. “Desmitificando a modulação dos efeitos temporais das viradas jurisprudenciais (*prospective overruling*) no Direito Tributário: experiência jurisprudencial, aspectos processuais e um caso ideal para sua utilização - [i] legitimidade do contribuinte ‘de fato’, *in* Revista Dialética de Direito Tributário nº 189, p. 92-93).

³⁹¹ Cf., ainda, Leonardo e Silva de Almendra Freitas, *op. et. loc. cit.*, p. 91. Mais adiante, Almendra Freitas arremata: “se a oportunidade ideal para a utilização da técnica [de modulação] é a mesma em que se adota a nova jurisprudência, logicamente o órgão competente para dela lançar mão é aquele que aplica ao caso *sub judice* a norma jurídica ‘reformatada’ (...) E se assim é, forçoso é reconhecer que qualquer órgão judicante teria competência para dela utilizar-se, identificando as consequências que aqueles princípios constitucionais indicariam *in concreto*, dando-lhes, assim, a devida efetividade (...) Portanto, dando-se seguimento, nenhum impedimento haveria, em tese, para que o juízo singular ou órgão fracionário de tribunal adotasse a técnica em exame” (*cit.*, p. 92).

jurídica,³⁹² está o jurisdicionado totalmente liberado para trazer a questão à tona no seu processo particular, cabendo ao juiz singular e/ou ao tribunal ordinário, mediante uso de cuidadosa fundamentação, atribuir ao julgado da corte superior efeitos relativizados, cabendo contra essa decisão os recursos cabíveis na lei, normalmente, em último grau, o recurso extraordinário (art. 102 CF) – eventualmente, reclamação, a depender do entendimento a ser forjado pelo tribunal sobre o assunto –, pois os fundamentos invocados para modular invariavelmente relacionam-se com princípios constitucionais.³⁹³

3.4.9. Excepcionalidade e fundamentação.

Conforme temos afirmado ao longo deste trabalho (v. Cap. 2.3.2, *supra*), a utilização de variações no ato do julgamento para impor temperamentos à eficácia dos precedentes do tribunal superior deve ser compreendida como uma *excepcionalidade*, a depender de uma análise rigorosa do caso concreto.

Com efeito, a aplicação objetiva dos precedentes judiciais aos chamados “casos pendentes” (i.e, de forma “retroperante”) visa, em primeiro lugar, evitar que o tribunal confunda suas funções com o de legislador típico, na crença de que toda decisão dele emanada tem o mesmo significado de lei, causando um *tumulto institucional* (“uma desordem desenfreada”³⁹⁴), com sequelas ao princípio da segurança jurídica que tanto se procura proteger com a redução do grau de eficácia decisória. Em segundo lugar, a banalização da modulação poderia resultar em uma exortação à procura pelo Judiciário, com o fito de questionar leis na esperança de que uma decisão de última instância (confirmatória de um tributo, por exemplo) seja de algum modo relativizada, isentando a parte das sanções respectivas (na hipótese de uma lei fiscal, beneficiando o contribuinte

³⁹² Na ocasião do tratamento da matéria em sede constitucional, lembramos, por exemplo, da anulação completa da Lei de Imprensa pelo STF, que vigorou por anos sem nenhuma contestação a esse respeito, e dos efeitos válidos que ela produziu, sejam processuais, civis ou criminais. Este pronunciamento não foi objeto de modulação *in abstracto*, mas isso não significa que não possa sê-lo agora.

³⁹³ Ou seja, havendo a modulação incidental, a decisão estará sujeita aos recursos legais cabíveis, sendo certo que a questão específica será apreciada em última instância a quem couber o exame do fundamento legal que ampara o pedido; assim, apenas para ilustrar, deferindo o acórdão do tribunal de justiça a modulação com fundamento no princípio da segurança jurídica, sob um aspecto *constitucional*, caberá recurso extraordinário ao STF (art. 102 CF), ao qual cumprirá, na condição de guardião da Constituição, a função de dizer se o julgado do STJ precisa ou não ter seus efeitos relativizados naquele caso concreto, em vista dos impactos que está a causar na segurança jurídica da parte afetada. Não vemos graves problemas em atribuir ao STF a função de modular a jurisprudência emanada do STJ, para preservar a segurança jurídica das partes. Não obstante, é certo, na ausência de regulamentação, caberá à jurisprudência desses excelsos pretórios afinar o entendimento a respeito do tema (= *quem modula a jurisprudência de quem*), não sendo isso, como observado, óbice intransponível para que o mecanismo seja *desde logo* adotado no nosso ordenamento em relação ao STJ, para contornar as situações teratológicas que, v.g., uma virada jurisprudencial pode ocasionar.

³⁹⁴ Conforme as considerações do Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE nº 353.657.

com o não-recolhimento do imposto no período em que a norma esteve sob discussão judicial). Em terceiro, não há sentido lógico-jurídico em admitir que uma norma declarada *ilegal* pelo tribunal superior possa, regularmente, gerar efeitos no mundo jurídico, a não ser que *situações extremas* assim autorizem. O *juízo de ilegalidade* efetivado pelo tribunal superior, à semelhança do que ocorre com a declaração de inconstitucionalidade, deve, via de regra, retroagir (*ex tunc*).

Asseverando esses fundamentos acima, Humberto Ávila ensina que, realmente, a banalização da modulação pode afetar a própria “cognoscibilidade” do Direito, criando uma incrível incerteza com relação à aplicação da regra instituída pela lei; afinal, se ao Judiciário se entende caber a interpretação do direito (i.e., dizer se a regra “x” deve ser interpretada dessa ou daquela forma), para só a partir de então (*ex nunc*) passar a gerar efeitos, ninguém mais estará seguro ou confortável em cumprir uma lei enquanto ela não for acertada pelo tribunal maior do país. Ou seja, haveria uma radical e ilegítima alteração do sistema de formação da norma, já que a “lei do Legislador” deixará de ter a presunção impositiva em virtude da pendência da identificação da “lei do Judiciário”, o que é estranho ao sistema da *civil law* e à própria noção de separação de Poderes instituída pela Constituição. A “confiabilidade” do Direito, por via de consequência, será também afetada se o uso da modulação for indiscriminado, pois a manutenção dos efeitos de uma ilicitude compromete a credibilidade do ordenamento jurídico e a sua eficácia; por exemplo, “se então” ou “talvez” tal regra não será futuramente sancionada, o particular *tende a deixar de obedecê-la* ou mesmo o Estado pode praticar arbitrariedades confiando na ausência de consequências. Finalmente, o problema atine à “calculabilidade” do Direito, que ficará comprometida em tais casos; basta pensar, ao manter-se o ingresso na carreira pública sem concurso, dando validade a uma lei inconstitucional neste sentido sob a alegação de que ela “já repercutiu validamente”, o resultado é um pernicioso incentivo ao Estado a agir do mesmo modo no futuro. Quer dizer, faltará substrato técnico-jurídico para saber se o ato ilegítimo será ou não sancionado futuramente, se o tribunal sempre se conformar com a violação da letra da lei ou da Constituição.³⁹⁵

³⁹⁵ Humberto Ávila, *op. cit.*, pp. 498-500, lembrando oportuna a colocação do Ministro Peluso no julgamento do RE 401.953: “quando o Tribunal flexibiliza, qual é a tendência? Não se observar a norma...”. Tal receio também veio a ser manifestada em outro voto do Ministro Peluso, no qual advertiu a Corte sobre o risco de estar “abrindo precedente que justificará aos Estados, aos Municípios e à União criar normas inconstitucionais, deliberadamente, na justa expectativa de que o Tribunal, amanhã ou depois, lhes permita a sobrevida!” (cf. voto proferido na ADI 3.819/MG, sobre a investidura de funcionários sem concurso público).

Percebe-se, a técnica de suavização das repercussões abstratas da jurisprudência ora estudada deve ser aplicada com *parcimônia*, com vistas a objetar que leis manifestamente irregulares, na expectativa de sua validação no tempo pela jurisprudência, venham a ser editadas pelo legislador (cuida-se aqui do *perigosíssimo risco de sempre modular*). O tribunal deve ser absolutamente *rígido* nessa seara, para repugnar qualquer tipo de “*barganha*” em face de normas ilegais, salvo quando um fato incrivelmente atípico determinar outra solução consentânea com o direito. Em outras palavras, para firmar a ideia: o legislador não pode se sentir incentivado a editar normas irregulares ou quase legais na expectativa de que o tribunal superior, fazendo uso da prospecção, irá revalidá-las por um certo período de tempo, qual seja, o período de tempo em que demorou para reconhecer judicialmente sua ilegalidade.³⁹⁶

A bem da verdade, esses fundamentos acima estão, de uma maneira geral, alicerçados no fato de *a segurança jurídica que dá amparo à modulação ser a mesma que a proíbe* (i.e., a segurança jurídica é um “conceito ambivalente”, como “ambivalente” também é a técnica de aplicação do princípio da proporcionalidade). Significa dizer que é de rigor a adoção de um *craterioso* “sopesamento interno da própria segurança jurídica, especialmente com a finalidade de saber se a manutenção dos efeitos pretéritos da lei ou de ato inconstitucional não termina provocando ‘mais’ insegurança que a segurança jurídica”.³⁹⁷ Há de se lidar, enfim, com aquele citado risco de “generalização”, ou seja, o risco de se aceitar que *qualquer* decisão com naturais reflexos retroativo-expansivos gerem impactos na segurança jurídica ou que *qualquer* decisão reconsiderada em *overruling* tenha

³⁹⁶ Na doutrina, referendando essa ideia, Georges Abboud observa que a cautela é imprescindível para evitar que seja transmitida ao Poder Público a mensagem de que se pode agir de forma inconstitucional, o que ocorreria caso um tributo ilegal fosse convalidado no tempo (o risco de *premiar* o Estado por ter editado um tributo inconstitucional, permitindo vantagem sobre a própria torpeza). Daí rechaçar “a utilização de premissas consequencialistas/utilitaristas como fundamentos das decisões que realizam a modulação dos efeitos, porque elas têm o condão de transformar a técnica de limitação de efeitos em instrumento apto a premiar o comportamento irresponsável ou desleal de autoridades públicas, desconfigurando a concepção que propomos para a modulação dos efeitos consistente na preservação dos direitos fundamentais do cidadão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e nunca o contrário” (*Jurisdição Constitucional, op. cit.*, p. 279). Todavia, há casos em que o comportamento do Poder Público, embora “desleal” ou “ilegítimo”, atingirá a também a esfera de particulares que confiaram na licitude do ato (por exemplo, uma Portaria de um Tribunal de Justiça estabelecendo suspensão de um prazo processual contra a lei); nesse caso, pensamos nós, a modulação, embora esteja a premiar a conduta errada do Poder Público, poderá ser necessária para acomodar o estado de coisas e a lidar com princípios constitucionais. Ou seja, não é porque o ato ilegítimo em julgamento é do Poder Público que não poderá a decisão ser modulada: o que ocorrerá, nestes casos, é que *o espaço para a modulação será muito menor do que em outras situações*. De mais a mais, proibir pura e simplesmente a modulação a favor do Estado – só porque é o Estado que irá se beneficiar da não-retroatividade do precedente – é um equívoco se se pensar, por exemplo, que ele (Governo) também poderá depositar sua confiança legítima em um precedente consolidado, agindo conforme a orientação do tribunal superior. Neste caso, entendemos que talvez o novo precedente possa ser, eventualmente, prospectado para prestigiar os atos administrativos praticados pelo Governo à luz da jurisprudência que veio a ser suplantada.

³⁹⁷ Cf., ainda, Ávila, *op. cit.*, p. 565.

gerado confiança legítima a ponto de permitir a modulação da eficácia do novel precedente, pois tal prática incauta, cabe frisar, terminaria por fomentar o oportunismo e a irresponsabilidade individual.³⁹⁸ Daí o motivo pelo qual o espaço para a utilização do mecanismo de modulação dos efeitos temporais “é muito pequeno – demasiadamente pequeno”,³⁹⁹ com o que todos os juristas até aqui agora citados estão, como visto, de pleno acordo.

Ademais, na oportunidade em que nos referimos aos “aspectos criativos” das decisões judiciais, fizemos questão de expressamente ressaltar que a defesa da tese da modulação não implicava querer transformar todo e qualquer precedente em “lei”, desprezando sua qualidade de substrato *subsidiário* ou *complementar* para o conhecimento do direito (ou *declaratório*⁴⁰⁰ do direito). O que foi dito lá – é bom que se frise isso de novo – está centrado na constatação pragmática no sentido de que o *fenômeno da aproximação* da “decisão interpretativa” à “norma legal em sentido estrito”, em termos de inovação do ordenamento jurídico, tem a *potencialidade* de impactar princípios constitucionais de uma forma tão extensa que se mostrará necessário fazer uso da proporcionalidade para balizar tais conflitos.⁴⁰¹

A propósito, em sentido análogo, Thomas Bustamante assinala que tanto a teoria que equipara a decisão judicial a um mero ato de descobrimento da verdade (*teoria declaratória*) como aquela segundo a qual o direito judicial é criativo e, por conseguinte, fonte de norma jurídica válida (*teoria constitutiva*), têm seu fundo de verdade. É imperioso reconhecer que no espaço em que se move o *case law*, há atos de conhecimento, de um lado e, de outro, atos de criação da norma, conquanto a atividade jurisdicional esteja mais centrada na primeira tarefa, no chamado “ato de conhecimento moral de normas”. Sendo assim, “a criatividade judicial, embora reconhecida, deve ser vista como algo inevitável, não como algo dotado de valor. Sua raiz está justamente nos limites da razão prática, em suas deficiências. Portanto, o juiz só deve aplicar suas decisões prospectivamente, só deve estabelecer uma eficácia futura para as regras adscritas que ele estabelece, em *casos excepcionais* em que ele não consegue mais distinguir os efeitos da sua decisão e os efeitos

³⁹⁸ Cf. Humberto Ávila, p. 489.

³⁹⁹ De novo: v. Humberto Ávila, *cit.*, p. 500.

⁴⁰⁰ Misabel Derzi, embora adepta da função criativa dos precedentes, alude ser até “natural” a eficácia retroativa do direito declarado pela interpretação judicial, colocando, destarte, a prospecção decisória como uma *clara exceção* (*cit.*, p. 581).

⁴⁰¹ Em senso similar, v. Fábio Martins de Andrade, segundo qual a natureza da prestação jurisdicional não é, por óbvio, idêntica à emanção legislativa, pois são atividades estatais eminentemente diversas; “contudo, é possível identificar ao menos *um ponto em comum: a criação de norma*, tanto na edição de lei nova (que modifica ou revoga a anterior) como também na mudança da jurisprudência (que traz orientação diametralmente oposta àquela anteriormente consagrada)” (*op. cit.*, p. 56).

de um ato legislativo, ou que a decisão jurídica anterior tenha gerado para os cidadãos de modo geral as mesmas expectativas que uma decisão do legislador, de sorte que haveria uma violação séria aos princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito se esse *case law* fosse aplicado para regular os atos já constituídos (...).⁴⁰²

Constitui, pois, o ajustamento da eficácia de precedentes uma extrema *exceção*.

Por via de consequência, é natural que se imponha ao tribunal superior o *dever* de demonstrar pormenorizadamente essa excepcionalidade.

Com efeito, a *fundamentação* representa a *válvula de legitimação de qualquer ato judicial*, razão de ser da expressa previsão constitucional (art. 93, inc. IX, CF), motivo pelo qual, no momento em que se põe em questão a prática de atos que são considerados *incomuns*, a exemplo da *adição* de relativizações outras à sentença, é conveniente que se exija uma *maior dedicação* do tribunal superior para se fazer claro com relação às justificativas dessa sua opção. A motivação apresenta-se, diante disso, na condição de instrumento disponível à corte para dar *legitimidade e idoneidade* à alteração da eficácia do *decisum*, diminuindo ao máximo o (inevitável) grau de discricionariedade que sempre há na interpretação de conceitos constitucionais vagos, a exemplo da segurança jurídica e do interesse social, amainando também o *viés político* que sempre repousa sobre a decisão acerca da retroatividade de certo entendimento, passível de frustrar a expectativa de certos setores da economia, da sociedade ou da administração pública⁴⁰³ (i.e., quando se trata de modular, haverá sempre uma *parcela de insatisfeitos* com a decisão do tribunal e, por isso mesmo, é preciso provar com fundamentos sólidos a estas partes descontentes que a solução operada se encontra alicerçada na Justiça e no bom direito).

De maneira que, insistimos, é imprescindível tomar destacados cuidados para modular, indicando não só fundamentos sólidos, como também no que exatamente reside a excepcionalidade da hipótese em discussão. Nestes termos, ao tribunal (STJ/STF) não bastará manifestar a presença do “interesse público” e “social” à míngua de *elementos concretos* para respaldar a equalização dos efeitos do precedente (inclusive dados

⁴⁰² Cf. Thomas Bustamante, *op. cit.*, pp. 458-461. Em outra passagem da sua obra, o Professor da UFMG acrescenta: “o fato de o Direito ter um *caráter ideal* não deve nos levar a fechar os olhos para o *Direito real* que emerge das decisões judiciais” (p. 462).

⁴⁰³ As lições do direito constitucional – sobre as quais já dispusemos neste trabalho – caem aqui como uma luva: o objetivo dessa *fundamentação especial* é “persuadir os destinatários da norma, os operadores jurídicos e, em casos de maior controvérsia política e social, a própria opinião pública, de que a restrição dos efeitos se fundou em *valores legítimos e de ‘alto escalão’* e não em meros interesses políticos conjunturais, pseudo-princípios ou em ‘valores de baixo perfil’” (Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 297).

estatísticos⁴⁰⁴), mesmo porque quase tudo que se debate em instância de justaposição resvala em interesses público e social.⁴⁰⁵

Para compreender melhor o tema, vale frisar também que a fundamentação especial de que se deve valer o tribunal superior está voltada a demonstrar que *não se privilegia a norma ilegal* em detrimento dos direitos dos cidadãos por ela afetados, mas que se trata de uma solução que, em vista das casualidades, se mostra absolutamente imprescindível. De novo: no momento em que se cogita no controle de legalidade, sempre será possível argumentar com o princípio da segurança jurídica⁴⁰⁶ e, regularmente, com a eventual afetação da ordem social, pelo simples motivo de que a norma (ilegal) sempre acaba por gerar efeitos válidos no prazo pelo qual vigorou. Os motivos que devem amparar a modulação deverão, desse modo, esclarecer que a situação *sub judice* consubstancia *um caso a parte*,⁴⁰⁷ com dados que convençam que *aquela hipótese* não se refere a mais “um dentre tantos” processos problemáticos de reconhecimento judicial de ilegalidade de uma norma editada pelo legislador ou mesmo não se refere a um *overruling* desimportante, quando dos reflexos deste tiver de cuidar.

Destarte, enxergando-se a modulação como função atribuída às cortes superiores que deve ser praticada em um *contexto de máxima excepcionalidade*, resta concluir que a decisão neste sentido só estará devidamente legitimada desde que *criteriosamente fundamentada*.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ O que é resultado lógico de uma medida que visa preservar os reflexos *transcendentes* da jurisprudência do tribunal. É dizer, todos os argumentos que legitimem a medida de caráter excepcional, portanto, devem ser considerados (em defesa da adoção da utilização de *elementos estatísticos* para modular eficácia de julgados na jurisdição constitucional, v. o estudo de Patrícia Campos Mello, *Precedentes*, *op. cit.*, p. 311).

⁴⁰⁵ Por exemplo, as causas onde o Poder Público figure como parte. Conforme bem lembrou Georges Abboud, “a decretação do ‘interesse público’ é um ato arbitrário do Estado que, como um Midas, coloca o selo ‘público’ em tudo o que toca. Assim, do ponto de vista prático seria complicado conseguir demonstrar que determinada modulação não atende o interesse público contra justamente, em grande parte das vezes, é o instituidor o principal beneficiário da modulação dos efeitos” (*op. cit.*, p. 275).

⁴⁰⁶ Ressaltamos de novo a lição de Humberto Ávila, segundo o qual a segurança jurídica tem *duas faces*, pode ser usada tanto para prestigiar no tempo a validade da lei ilegal como para impor a incidência anulatória *ab initio* (*op. cit.*, p. 537).

⁴⁰⁷ Para o Professor Humberto Ávila, o tribunal deverá: (a) fundamentar de forma expressa qual é a norma que está servindo de justificativa para a manutenção dos efeitos; (b) justificar – também expressamente – a necessidade imperiosa do afastamento da regra de nulidade *ex tunc* – ou dos efeitos retroativos da decisão e (c) comprovar, se o caso documentalmente, os efeitos negativos decorrentes da retroação que se nega no caso, pois, sem isso, “as decisões judiciais terminam sendo uma espécie de ‘roleta processual’ ou um simples ‘jogo de risco’” (*op. cit.*, p. 577).

⁴⁰⁸ A motivação que se requer é exatamente aquela que se exige do Supremo Tribunal Federal na aplicação do art. 27 da Lei da ADI, que estabelece que o mecanismo estará legitimado apenas existindo “*razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social*”. Quer dizer, para que o STJ, *pari passu*, possa legitimamente manipular os reflexos de seus acórdãos deverá pautar-se *analogicamente* pelo que orienta a lei infraconstitucional (art. 27), indicando em que medida exatamente a restrição da retroatividade do *decisum* seria salutar para preservar princípios de natureza constitucional. Trata-se, enfim, de se adotar o que o Professor Carlos Blanco de Moraes denominou “fundamentação reconstrutiva”, mediante a qual se procede a

Finalmente, devemos obtemperar que, no cumprimento desse dever de motivação, o tribunal elabora juízos valorativos de princípios, especialmente os mais abertos, a exemplo de quando interpreta “segurança jurídica” e “ordem social”, invariavelmente detendo um *maior grau de criatividade persuasiva*, dado o (contra)balanceamento jurídico-político que se deve fazer em casos tais.⁴⁰⁹ *Tal liberdade, porém, não pode ser confundida com pura discricionariedade*,⁴¹⁰ exatamente porque não poderá lhe faltar fundamentação convincente (inclusiva baseada em provas concretas, sublinhe-se), posto que – e isso é inevitável, diante da competência das cortes de justaposição – entremeada por um *viés político*. Daí por que, faltando alguma justificativa plausível ou relevante, a decisão sobre a adequação da eficácia do precedente no STJ *poderá ser atacada pelo recurso extraordinário* (art. 102, CF), por se tratar de matéria de índole puramente *constitucional* (v.g., arts. 1º, *caput*, 5º, XXXVI, CF), sendo de se pressupor sua repercussão geral, notadamente pelo próprio objeto da discussão (segurança jurídica e interesse social).⁴¹¹

uma *ponderação de valores* e de interesses concretos, individuais e coletivos, com vistas a justificar a excepcionalidade que consiste a relativização dos efeitos da decisão (*op. cit.*, p. 296).

⁴⁰⁹ Em sentido similar, Carlos Blanco de Moraes, *op. cit.*, p. 297-296.

⁴¹⁰ Lembramos aqui o que o Professor Humberto Ávila falou sobre a necessidade de o tribunal de indicar inclusive as *provas concretas* dos fundamentos que autorizam a modulação, para que o tribunal não julgue “no escuro”, em nome da segurança jurídica, porém sem segurança jurídica alguma (*cit.*, pp. 570 e 571).

⁴¹¹ Nesta direção, afirmando que a decisão do STJ sobre a manipulação dos efeitos decisórios estaria sujeita a recurso extraordinário, por violação não apenas do próprio art. 5º, XXXVI, mas também o art. 1º, *caput*, da CF, que qualifica a República como um Estado de Direito, de cujo princípio se extrai o fundamento dogmático da segurança jurídica e da proteção da confiança, v. Leonardo e Silva de Almendra Freitas, *op. et. loc. cit.*, p. 93.

4. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TÉCNICA DE MODULAÇÃO DA EFICÁCIA DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

4.1. Introdução: o art. 882, inc. V, do Anteprojeto (cf. Emenda nº 1 – Substitutivo ao Projeto no Senado).

De lege ferenda, a Comissão composta para redigir o esboço do Novo Código de Processo Civil não deixou de considerar a importância do tema, cuidando de regular a matéria no art. 874, inciso V, do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, atual art. 882, V, do Substitutivo nº 1, que manteve a mesma redação sugerida pela aludida Comissão.

O referido dispositivo, inserido no Título “*Dos Processos nos Tribunais*”, encontra-se assim redigido (valem-nos da numeração do Substitutivo):

“Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.”

A Exposição de Motivos do Projeto do Novo CPC, à qual se deve fazer referência para permitir a inteira compreensão dos *escopos* da Comissão, salienta como premissa a necessidade de *estabilização da jurisprudência nacional*, a fim de evitar seja uma mesma norma jurídica interpretada de formas diversas, dando ensejo ao problema do tratamento desigual dos jurisdicionados pelos tribunais pátrios,⁴¹² fenômeno esse que “*fragmenta*” o sistema e gera “*intranquilidade social*”. Objetiva-se prestigiar, por conseguinte, o regime de julgamento dos processos repetitivos⁴¹³ no âmbito do STJ como “tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir os tribunais superiores”, pois “*essa é a função [“paradigmática” e “inerente ao sistema”] e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado*”.⁴¹⁴ Diante disso – prossegue a Exposição de Motivos –, justifica-se a recomendação contida no inciso IV do art. 847 do Código projetado, segundo a qual “*a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e isonomia*”.

Por aí se explica, conseqüentemente, a preocupação dos legisladores incumbidos pela redação do Projeto em salvaguardar, em nome da segurança jurídica, os impactos decorrentes da prática do *overruling*, com vistas à preservação de situações anteriormente decididas e/ou consolidadas com base no entendimento jurisprudencial superado, mesmo porque “*a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos ex tunc*”, “*desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso*”.⁴¹⁵

⁴¹² Nas lições do Professor José Ignácio Botelho de Mesquita, “não será igual para todos a lei que, para alguns, seja interpretada num sentido e, para outros, seja interpretada em sentido oposto. A unidade do sentido da lei é pressuposto de igualdade perante a lei. Por esta razão constitui imperativo constitucional e dever indeclinável dos tribunais uniformizar a sua própria jurisprudência” (“Uniformização da Jurisprudência”, in *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, vol. 2, São Paulo, RT, 2005, p. 240).

⁴¹³ Conforme o art. 883 do mesmo Substitutivo do Projeto CPC, considera-se julgamento de casos repetitivos: I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas; e II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

⁴¹⁴ *Projeto Novo CPC, op. cit.*, p. 25.

⁴¹⁵ Ainda cf. a Exposição de Motivos do Novo CPC, *op. cit.*, p. 26.

Com efeito, quando se tem em foco a valorização do direito advindo dos entendimentos pretorianos, faz-se necessário, por outro lado, garantir que o jurisdicionado se salvguarde da *confiança legítima* depositada no precedente com a qualidade de fonte de direito, protegendo-se atos jurídicos consolidados e a ordem social. Propugna-se, então, pela estabilidade *razoável* da jurisprudência, mas sem comprometimento da *evolução do direito*: “encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada a jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração”.⁴¹⁶

Em vista disso, atribui-se *ao tribunal superior* que alterar o rumo de seus pronunciamentos o dever de decidir se a nova regra valerá a partir de um dado momento (ou, caso a caso, apenas alcançará determinadas pessoas ou atos jurídicos), evitando-se, para citar um exemplo cogitado na Exposição de Motivos, o risco de contaminação de sentenças transitadas em julgado proferidas com base no entendimento abandonado, a despeito de outras tantas circunstâncias que poderão ser tuteladas com o mecanismo que se projeta para o novo CPC.

Bem se percebe, a inclusão em lei ordinária da técnica ora estudada consolida o entendimento segundo o qual há evidente aproximação dos sistemas da *civil law* e da *common law*,⁴¹⁷ a ponto de se poder afirmar que, diante do cultivo desse chamado “direito jurisprudencial”, estamos hoje na *fase de transição para um sistema nitidamente misto* (ou “híbrido” ou “ecclético”⁴¹⁸). Ademais, uma vez inserido no contexto da *preservação da uniformidade e estabilidade da jurisprudência*, o dispositivo sob análise tem, destarte, estreitíssima correlação com a função de propiciar à sociedade um direito estável e uniforme, sem prejuízo de modernizações desejadas. A partir daí se percebe ser *constitucional* a inclusão da técnica de modulação em lei ordinária, porquanto amparada em princípios previstos na Constituição Federal, dentre os quais o Estado Democrático de Direito e a segurança jurídica. A propósito, nos termos da Exposição de Motivos do Projeto ora analisado, “o novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de *índole constitucional*, pois se hospeda nas dobras do Estado Democrático

⁴¹⁶ *Idem*, p. 26, anotando lição clássica de Canotilho sobre o tema.

⁴¹⁷ Essa conclusão é adotada também e principalmente quando se põe em jogo a proximidade dos sistemas com relação ao tratamento dos precedentes. Conforme estudos já no ano de 1997, a similitude dos dois sistemas está fundado no fato de que ambos admitem a mutação do direito mediante a atividade judicial, como também por meio da legislação (cf. D. Neil McCormick and Robert Summers, “Further General Reflections and Conclusions”, *in op. et. loc cit.*, p. 535).

⁴¹⁸ De fato, como defende Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso, “a filiação jurídica do Brasil [já] tornou-se híbrida ou eclética, a meio caminho entre a *common law* (o *binding precedent*, sistema do *stare decisis*) e a *civil law* (direitos codicísticos) ou seja, a fonte de direitos e obrigações entre nós deixou de ser apenas a norma, para incluir a súmula vinculante” (*Divergência jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 365).

de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta”.⁴¹⁹

4.2. Uniformização de jurisprudência.

Como é de conhecimento, a divergência pretoriana resulta dos diversos entendimentos possíveis da lei, ou seja, é “uma resultante das dificuldades iminentes à tarefa interpretativa”,⁴²⁰ constituindo um fenômeno inevitável, porém, *indesejável*,⁴²¹ pois o direito deve ser compreendido de uma só forma (unitária) e aplicado invariavelmente a todos, sem distinção.

Para combater tal anomalia do sistema jurídico, o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, recorda Barbosa Moreira, procurou instituir no Brasil sistema assemelhado aos “assentos vinculativos” do direito português, mediante o qual a decisão tomada pela maioria absoluta dos integrantes efetivos do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça seria *obrigatória* enquanto não modificada por outro órgão proferido da mesma forma. A sugestão, porém, foi criticada pela doutrina da época, sob o fundamento de que ensejaria uma *inconstitucionalidade*, motivo pelo qual a comissão revisora propôs a supressão dessa sistemática, embora ciente de que isso teria – como de fato veio a ocorrer – o condão de *frustrar os alcances práticos das disposições acerca da uniformização de jurisprudência*. Manteve-se, destarte, solução inspirada nas súmulas da jurisprudência predominante do STF, resultando na atual formatação dos arts. 476 e ss. do CPC.⁴²²

O Projeto do Novo Código de Processo Civil elaborado em 2010, informado por modernos institutos processuais e sob um ambiente político, social e econômico totalmente

⁴¹⁹ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil/Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 27.

⁴²⁰ Mancuso, *Divergência Jurisprudencial*, op. cit., p. 143.

⁴²¹ No sentido de que não se pode permitir a perpetuação da diversidade de opiniões; mas, é claro, a divergência não é um mal em si mesma, porque é a partir dessa troca de ideias que surge o melhor caminho, às vezes um meio-termo. Por isso tem afirmado a doutrina que, embora a divergência jurisprudencial não sejam um mal em si, “neste pode vir converter, se faltarem critérios lógicos e racionais que permitam contê-la a limites razoáveis, a saber, ali onde o dissídio se justifique ou seja inevitável, e ainda assim numa dimensão administrável, que não comprometa a boa distribuição da justiça” (Mancuso, *Divergência Jurisprudencial*, op. cit. P. 146). Procura-se, assim, evitar a chamada “jurisprudência lotérica”, a falta de certeza do direito e do que é, pelo Judiciário, considerado certo (para uma profunda visão desse tema, v., por todos, Mancuso, *idem*, pp. 143-151).

⁴²² Comentários, op. cit., p. 7.

distinto daquele existente na edição do CPC/73, procura, de certo modo, trazer de volta a ideia de “*precedente vinculante*” que se pretendeu implantar há quarenta anos atrás, dando destaque à necessidade de se velar pela jurisprudência dominante, como solução para obter a almejada “*estabilidade do direito*” (art. 847, *caput*, do novo CPC), fundada no respeito aos princípios da legalidade e da isonomia (art. 847, inciso IV).

Trata-se, portanto, não apenas da conveniência de se tomar medidas objetivando a uniformização dos entendimentos judiciais, em vista do aparelho estatal apresentar-se por meio de uma pluralidade de órgãos judicantes que terão de enfrentar questões alusivas a teses jurídicas iguais,⁴²³ mas principalmente de se tentar engendrar com isso uma *política de obediência aos precedentes*, senão exatamente igual ao sistema adotado na *common law*, com vestes muito parecidas. Isto significa que o mecanismo projetado no art. 847 *vai além* da mera organização estrutural dos enunciados jurisprudenciais, na condição de *instrumento* de tentativa de obtenção da “unidade do direito”, ao exortar todos os juízes e órgãos fracionários do Poder Judiciário a prestar obediência aos tribunais constitucionais, conferindo *substrato teórico e ambiente* para implantação em definitivo de um sistema de vinculação mais amplo.

Pois bem, o conceito de jurisprudência está ligado à formação de uma *ideia central* defendida pelos órgãos do Poder Judiciário, de maneira que, no momento em que se deve descer às peculiaridades do que há de ser obedecido em virtude de uma “uniformização de entendimentos judiciais”, é importante deixar consignada a noção de que não é qualquer “decisão judicial” que exerce função de orientar as demais, proferidas por juízes de grau inferior. Na identificação do “precedente” como *leading case* ou da “jurisprudência”, como representação de uma tese consolidada (na qual se incluiu, evidentemente, sua tradução através da súmula), cumpre atentar se neles estão contidos *a solução da questão de direito controvertida*, de forma absolutamente cristalina,⁴²⁴ pois somente desse modo poderá servir de *guia* definitivo ao julgamento de outros problemas idênticos.

Neste aspecto em particular, o Projeto do novo CPC preferiu usar o termo “jurisprudência” em vez de apenas “precedente”, certamente para dar *relevo* ao fato de que somente quando as decisões se tornarem *sólidas* em termos de representação do pensamento majoritário do tribunal é que deverão nortear o entendimento dos demais órgãos jurisdicionais. Esta concepção está clara a partir da análise do *caput* do art. 882

⁴²³ Cf. Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 5.

⁴²⁴ Sobre este tema, v. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *O Projeto do CPC – críticas e respostas*, São Paulo, RT, 2010, p. 165.

comentado, no âmbito do qual se adota a terminologia “jurisprudência”, acrescida dos adjetivos “*dominante*”⁴²⁵ e “*pacificada*” (incisos I e III, respectivamente), não obstante o § 1º do mesmo artigo adote a expressão “*entendimento sedimentado*” quando regula o tema relativo à superação jurisprudencial.

Não vemos grandes problemas nessa redação ou qualquer equívoco que possa obstar uma clara interpretação da *mens legis* do dispositivo, que procura evitar que uma só decisão, isolada, seja singularmente tomada como resultado da intelecção do tribunal superior acerca de específica controvérsia legal.⁴²⁶ Evidentemente, os pronunciamentos dos tribunais que possam ser definidos com verdadeiros *leading cases* poderão ser considerados para os fins do art. 882, pois projetam-se como se fossem a expressão do pensamento de todo tribunal. Nestes termos, por exemplo, o *leading case* que vier a ser revisado por ocasião da prática do *overruling* poderá ser, conforme o caso, objeto de uma modulação temporal.⁴²⁷

Independentemente dessas questões terminológicas, a verdade é que, nessa seara, *é praticamente impossível lançar mão de sistematizações perfeitas*, dado o fato de que a análise concreta é que definirá se a jurisprudência não-sumulada era (ou não) expressão do entendimento do tribunal. Por isso mesmo, visando evitar discussões, almeja-se que a jurisprudência seja lançada em *enunciado*, diante do que o inciso I do art. 847 do Projeto ora examinado dispõe: “I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão [os tribunais] editar enunciados correspondentes à *súmula da jurisprudência dominante*”.

Com tais contornos, portanto, o Projeto do Novo CPC procura *potencializar* os julgados do tribunal superior,⁴²⁸ colocando-os nitidamente no formato de *fonte de direito*. Todavia, ao menos nessa redação do Projeto, a obediência à jurisprudência é colocada

⁴²⁵ “Dominante” é a jurisprudência que domina, prepondera, não tendo de ser necessariamente uníssona, conforme afirmado pela Ministra Fátima Nancy Andriighi no julgamento do AgReg 269.928/MG, citada por Rodolfo Mancuso, que, por seu turno, alude à demasiada vagueza do termo (*Divergência Jurisprudencial*, *op. cit.*, pp. 60-61).

⁴²⁶ Marinoni e Mitidiero entendem que a anteprojeto só faz referência à “jurisprudência” e, anotando as distinções conceituais entre esta e o “precedente”, propõem uma nova redação ao art. 847 para que também o “precedente” seja considerado na sistemática, inclusive de forma claramente vinculante (*op. cit.*, p. 168).

⁴²⁷ Na Itália o termo “precedente” é usualmente adotado em sentido amplo, isto é, para significar qualquer decisão prévia possivelmente relevante para o caso que será decidido. Mais estritamente, precedente é qualquer decisão anterior que julgue uma mesma questão legal controvertida. Assim, adotado um rigor técnico mais estrito, *só é “precedente” aquela decisão bastante significativa e influente aos demais casos pendentes*. Nesse senso, as decisões da Corte de Cassação são comumente consideradas precedentes na medida em que serão naturalmente utilizadas pelos tribunais e juízos *a quo* (v. Taruffo e La Torre, “Precedent in Italy”, *cit.*, p. 151).

⁴²⁸ Cf. Arthur Mendes Lobo e João Batista de Moraes, *op. et loc. cit.*, p. 59.

apenas como uma “exortação” dos operadores do direito, de forma que, conseqüentemente, o art. 882 do CPC projetado não está instituindo a jurisprudência propriamente “vinculante”. Tal inferência extrai-se a partir do exame detido do inciso III que alude ao dever das decisões dos tribunais de apenas “orientar” aquelas outras proferidas pelos órgãos a ele “vinculados”, terminologia esta usada para se referir à *organização judiciária*, visando expressar, por exemplo, que o juiz trabalhista de primeiro grau deverá valer-se das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho, e assim por diante. De igual modo, o inciso IV, ao prever que a jurisprudência do STF e do STJ deve “nortear” as decisões dos demais tribunais e juízes, em nosso ver, faz apenas uma mera advertência, *sem o intuito de estabelecer uma imposição* propriamente dita.⁴²⁹ Essa conclusão, aliás, é reforçada pela leitura da Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo CPC, que deixa de mencionar a força impositiva dos precedentes judiciais; talvez a Comissão tenha perdido aqui uma grande oportunidade para disciplinar o caráter vinculante (obrigatório) de algumas decisões do STJ, a par da *problemática discussão constitucional* sobre a possibilidade de se cuidar deste tema em sede de lei federal ordinária⁴³⁰ (ao contrário, na revisão do Projeto do novo CPC pela Câmara dos Deputados, consoante a última versão do Relator, Deputado Sérgio Barradas, datada 7 de novembro de 2012, há expressa previsão de jurisprudência vinculante a todos os tribunais pátrios; sobre o tema, v. o Capítulo 4.3.4 deste trabalho, *infra*).

Em termos de vinculação, todavia, há uma *exceção* contida no inciso II do art. 882 do Projeto, que decorre da análise de sua estrutura, segundo a qual “os órgãos fracionários de um dado tribunal *seguirão* as orientações do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores ao que estiverem *vinculados*”. Além da lógica que existe em se impedir que os órgãos fracionários adotem uma postura *recalcitrante*, o que só viria a desprestigiar a uniformidade na distribuição da justiça e a segurança jurídica das partes, deve-se ver também tal imposição do ponto de vista *funcional*, diante da hierarquia *interna corporis* existente em relação aos juízes componentes de tais órgãos superiores. Nesse sentido, embora o Anteprojeto silencie (melhor que explicita, então), é de se presumir que

⁴²⁹ Em senso análogo, v. Fábio Victor da Fonte Monnerat, segundo o qual o art. 882 do Projeto revela uma *recomendação* principiológica de que os tribunais velem pela estabilidade e uniformidade da jurisprudência, não se estruturando, portanto, como uma norma de determinação (“O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no projeto do novo Código de Processo Civil”, in *O Futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao Anteprojeto do novo CPC*, op. cit., pp. 187 e 188). Assim também entendendo, v. Marinoni-Mitidiero, op. cit., p. 164, que ao final propõe nova redação aos arts. 847 e ss. do Projeto, dando ênfase ao caráter manifestamente *vinculante* dos precedentes, com o uso dessa expressão inclusive.

⁴³⁰ Rodolfo Mancuso, neste rumo, obtempera que a inovação trazida com súmula vinculante foi bem inserida no contexto constitucional, através de Emenda, pois “se cuida de inovação que imbrica com nosso próprio modelo-jurídico-político, no qual foi pactuado o primado da norma legal como fonte reguladora das relações entre os cidadãos e destes em face do Estado” (*Divergência Jurisprudencial*, op. cit., p. 314).

o julgado recalcitrante poderá ser cassado mediante *reclamação*, julgada nos termos regimentais. Ademais, no *incidente de resolução de demandas repetitivas*, embora o Projeto não aluda expressamente à força vinculante do precedente que decidir tal incidente, o art. 941 do Projeto do Novo CPC dispõe sobre cabimento da reclamação em caso de desrespeito do *decisum* do tribunal superior, o que revela que aqui haverá, de forma anômala e excepcional, uma imposição contra todos os órgãos subalternos (i.e., a decisão do incidente terá eficácia *erga omnes*, similarmente ao que ocorre nas ações diretas).⁴³¹

Essa análise prévia nos faz notar, por último, que a despeito de o art. 882 do Anteprojeto não instituir a jurisprudência com caráter vinculante, visa implantar uma *nova mentalidade*, propícia à aceitação de inovações que certamente estão por vir nessa seara. A obediência aos precedentes vem a calhar também porque limita o acesso aos tribunais superiores pelos chamados “litigantes habituais”, dentre os quais – para citar aqui os mais famosos – a União, os Estados e os Municípios, que insistem em interpor recursos nitidamente protelatórios, desafiando todas as decisões contrárias aos seus interesses, inclusive as amparadas em jurisprudência uníssona daqueles pretórios, na grande maioria das vezes sem deduzir nenhum argumento de distinção que possa seriamente ensejar uma revisão da tese.

4.3. Mudança de entendimento sedimentado (*overruling*) e modulação dos efeitos do novo precedente: abrangência dos casos de declaração de ilegalidade e de interpretação legal.

A proposta do novo CPC leva em apreço que a *estabilização* jurisprudencial não pode implicar sua *estagnação*, diante do fato de que o direito está em *constante mudança* e diversas circunstâncias obrigam a *reformulação das teses jurídicas*, conforme pudemos analisar nos Capítulos 2.2 e 3.4.5 acima. Repugna-se, assim, o “direito estático”, prestigiando a *atualização do pensamento*, consectário da expressão de um Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, o art. 882 sob comentário admite a possibilidade de adaptação dos efeitos da jurisprudência nas ocasiões em que há revogação de uma – até então – estável linha de pensamento do próprio tribunal, com o objetivo de velar pela segurança jurídica e pelo subprincípio da confiança legítima. A técnica da qual aqui se fala, a rigor, constitui um *poder-dever* da corte superior para corrigir o *imenso impacto* que tal atividade

⁴³¹ Cf. Fábio Monnerat, *op. cit.*, p. 194.

revisadora enseja à sociedade, garantindo-se um mínimo de previsibilidade aos jurisdicionados, condição para que possam trabalhar e viver em harmonia.⁴³²

Embora a inovação sob análise refira-se textualmente apenas à alteração da jurisprudência dominante (i.e., *overruling*) na condição de pressuposto para a temporalização do precedente na jurisdição infraconstitucional prestada pelo STJ e pelos TST/TSE, parece inevitável que, mantida essa redação, uma *exegese teleológica* do dispositivo será necessária empreender para estender sua abrangência a outras situações.

Com efeito, exercendo o tribunal o chamado “juízo de legalidade”, torna-se possível também atribuir limitações à expansividade do precedente para preservar a validade da lei declarada ilegítima até o dia em que o tribunal desse modo concebeu, a semelhança do que ocorre com a declaração de (in)constitucionalidade (art. 27, Lei 9.868/99).⁴³³ Além do mais, para fins de aplicação da técnica de reconstrução da eficácia decisória, não há como distinguir “lei ilegal” de “jurisprudência ilegal” (revogada pelo *overruling*), pois ambas as situações evidenciam uma “regra de conduta” que era seguida pela sociedade e depois veio a ser suplantada por uma (nova) decisão judicial.

Assim, não existem motivos teoricamente razoáveis para restringir a modulação apenas na hipótese de “mutação da jurisprudência”, devendo ser adotada igualmente no *juízo de ilegalidade-nulidade* de uma lei federal ordinária: afinal, se é possível modular no *overruling* para referendar a validade de uma orientação ultrapassada no tempo, *a fortiori* há que se permitir o uso do mecanismo para manter a eficácia da lei anulada. Aliás, a admissão de uma especial estruturação eficaz no *overruling* é até mesmo uma hipótese *mais grave*, por significar a preservação de uma *interpretação judicial*, confrontando, a rigor, o atual sistema jurídico-político adotado no país, que tem a lei como fonte de direito passível de gerar obrigações e impor sanções a partir da sua vigência. Ora, permitindo o Projeto do novo CPC a convalidação da *jurisprudência ultrapassada*, com muito mais razão dever-se-á entender plenamente permitida a manutenção da eficácia e vigência de uma lei federal declarada ilegal pela decisão da corte superior. Não há sentido, frisamos este ponto, em permitir que a *tese jurisprudencial velha* repercuta no mundo fenomênico e

⁴³² Neste sentido, dentre tantos, v. Marinoni, “Eficácia Temporal”, *op. et loc. cit.*, p. 283.

⁴³³ A evidência de que o STJ pode declarar nula ou inválida uma lei federal e, assim, precisa usufruir dos mecanismos de ponderação de efeitos decisórios, foi anotada por Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “mesmo quando se tenha um problema de interpretação de lei federal, em vista de determinados mandamentos constitucionais, nada impede que o STJ exerça sua competência de guardião do ordenamento jurídico federal, para declará-la vigente ou não vigente e, assim, decidir a sua eventual violação. E no caso do recurso especial, cuja finalidade seja garantir a vigência e eficácia da legislação federal infraconstitucional, o STJ busca, justamente, ‘harmonizar a respectiva jurisprudência’” (*op. cit.*, p. 26).

ao mesmo tempo proibir que uma lei federal possa produzir também seus efeitos válidos enquanto durou. Tanto faz, é o *novo precedente* que ditará as novas regras a partir de sua edição, pouco importando se ele modificou uma norma contida em uma “lei federal” ou em uma vetusta “interpretação judicial de uma lei”; em ambos os casos, havendo invalidação (da lei ou da jurisprudência antiga), poderá o tribunal preservar os atos jurídicos consolidados em virtude dessas manifestações advindas do Poder estatal (Legislativo ou Judiciário), desde que evidentemente haja pressupostos específicos para assim atuar.

O que se percebe é que o Projeto do CPC, ao manifestar a possibilidade de temperamentos da eficácia da nova jurisprudência na ocorrência do *overruling*, está automaticamente abrindo espaço para a adoção da técnica em casos talvez menos impactantes, como no juízo de (i)legalidade acima citado e, igualmente, dos precedentes que resultem em *adição de norma* (imposição de uma nova *regra legal* via interpretação judicial).

De fato, existem também situações em que o tribunal terá que lidar com os reflexos da *interpretação* de uma norma *lacunosa* ou de um entendimento *duvidoso*, de forma que tal atividade pretoriana representará, a rigor, um *complemento legislativo* à lei posta sob sua apreciação. Casuisticamente, a depender da repercussão da matéria decidida, esse “entendimento aditivo” poderá sofrer manipulações no tocante à sua retroatividade, lançando mão o juiz, *v.g.*, de idênticos mecanismos de que dispõe o legislador para determinar a eficácia da lei somente após a sua publicação ou mesmo estabelecendo uma *vacatio*, protegendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A propósito, esta é a razão pela qual, na experiência da *common law*, a expressão “prospective overruling” é adotada pelos tribunais em sentido amplo, para admitir a modulação da eficácia do precedente ou da jurisprudência em casos outros que não necessariamente expressem revisão jurisprudencial,⁴³⁴ porque a “nova regra” estabelecida pelo tribunal pode impactar atos consolidados, causando um desconforto jurídico que é desinteressante para a sociedade. Trata-se, enfim, de lidar com os impactos dos chamados “cases of first impression”, ou seja, os processos judiciais que induzem a *primeira*

⁴³⁴ A doutrina vem salientando que a técnica consistente na atribuição de “efeitos prospectivos”, embora sob a denominação geral de “prospective overruling”, não se subsume apenas aos casos de revisão jurisprudencial, mas inclui-se como artefato apto a modular os efeitos da *new rule* criada por um dado precedente. Daí porque tem-se enfatizado que a expressão “non-retroactive judicial law making” melhor define tal mecanismo de controle de efeitos, conforme os ensinamentos contidos na tese de doutorado apresentada na Universidade de Oxford por Ben Juratowitc (*v. Retroactivity and the Common Law, op. cit.*, p. 199).

impressão do tribunal sobre determinado assunto e, por conseguinte, não aludem propriamente à alteração de entendimento consolidado em jurisprudência.⁴³⁵ Portanto, no momento em que uma determinada *norma é modificada ou limitada*, esta primeira interpretação judicial torna-se um precedente, transformando-se em uma típica nova regra legal (*new rule*) que será adotada para processos futuros e relações jurídicas pendentes,⁴³⁶ merecendo ser, por igual, objeto de ponderações no tocante ao espectro de sua eficácia.

Dessa forma, em nosso ver, a despeito de o art. 882, V, do Projeto, ter sido desenhado a partir do problema do *overruling*, no âmbito do qual os impactos sobre a segurança jurídica mostram-se intrinsecamente mais destacados, a sua compreensão há de ser feita de forma ampla (*teleológica* ou *finalística*), para facultar que um rol mais extenso de decisões judiciais dos órgãos judiciários de cúpula fique subsumido à técnica da modulação, valendo lembrar, de mais a mais, que a ausência de “norma específica” neste sentido é absolutamente irrelevante, na medida em que o mecanismo processual ora estudado resulta de postulados constitucionais, nos termos do que foi defendido no decorrer dos principais capítulos desta tese.

Para encerrar esta análise, destaque-se que o art. 882 do Projeto CPC, uma vez aprovado nestes termos, não terá o condão de “revogar” o art. 27 da Lei 9.868/99, em razão da *especialidade* deste dispositivo, aplicável às chamadas Ações Diretas e em geral à jurisdição constitucional (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*). Ou seja, entendendo-se, a partir de uma interpretação puramente gramatical (que não é a melhor, consoante anotamos acima), que o art. 822, inciso V, do Projeto-CPC, restringe a técnica modulatória à hipótese de *overruling*, tal restrição não poderá ser usada para impedir o STF de continuar modulando no *juízo de inconstitucionalidade* e naqueles outros processos que impliquem *compreensão da norma constitucional*, notadamente porque ao agir desse modo a Suprema Corte tem em vista notabilíssimos princípios constitucionais, cuja proteção não pode ser suprimida por simples lei ordinária (novo CPC).

⁴³⁵ *Case of first impression* é o julgamento proferido em um *hard case* ou em um primeiro caso de impacto em que não havia decisão alguma anterior de alta hierarquia jurisdicional (decisão de tribunal), diferenciando-se, portanto, do fenômeno da modificação da jurisprudência (v., sobre o tema, Misabel Derzi, *op. cit.*, p. 525 e José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente Judicial*, *op. cit.*, p. 175).

⁴³⁶ Cf. W. Reynolds, *op. cit.*, p. 91.

4.3.1. Fundamentação adequada e específica: na revisão do precedente e na adaptação de seus efeitos.

O Projeto do CPC teve o cuidado de prever no § 1º do art. 882 a obrigatoriedade de o tribunal acrescentar à sua decisão uma *motivação especial*, como forma de dar *legitimidade* à alteração da jurisprudência,⁴³⁷ embora essa incumbência seja inerente ao enfrentamento de uma orientação consolidada no seio do tribunal. A revisão de uma tese de direito consolidada há anos em um tribunal superior, pelo fato de ensejar ameaças à segurança jurídica, pressupõe a apresentação de *razões complexas*.⁴³⁸

Com efeito, a obediência aos precedentes judiciais, revela a melhor doutrina norte-americana que se propôs a comentar o sistema do *stare decisis*, tem muitas virtudes, que podem ser divididas em três grupos principais: *eficiência*, *previsibilidade* e *uniformidade*.⁴³⁹ São, *grosso modo*, as mesmas vantagens que se põem à mesa para justificar, no Brasil, a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, com a exortação de que ela seja verticalmente seguida pelos demais pretórios, quando não resultar de força obrigatória-vinculante.

Sem dúvida, a política de respeito à decisão do Poder Judiciário permite que os juízes atuem de forma mais *eficiente*, por meio da aplicação automática de um certo entendimento já consolidado aos idênticos casos concretos, obstando rediscussão de questões, leis ou celeumas jurídicas conhecidas a cada novo processo. Ao mesmo tempo, garante-se a *previsibilidade do direito*, na medida em que a jurisprudência enseja a resolução prévia de controvérsias e o ajustamento de condutas comerciais e sociais a partir daquele entendimento existente. Advogados irão redigir contratos e opinar em pareceres com fulcro na *lei interpretada*, pois desse modo a questão será necessariamente dirimida

⁴³⁷ “§ 1º - A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo da estabilidade das relações jurídicas”.

⁴³⁸ Como ensinam Taruffo e La Torre, quando um precedente é expressamente reformado, o tribunal normalmente dá fundamentos para tal conduta, embora razões especiais não sejam exigidas para justificar um *overruling*. Tais “razões especiais” são usualmente *mais complexas* e detalhadas quando uma linha de um precedente é deixado de lado e a corte decide escolher uma nova e diferente solução. Por isso que a alteração de uma linha de precedente requer uma decisão explícita sobre a mudança e argumentos justificadores da alteração (*loc. et op. cit.*, p. 179).

⁴³⁹ Em geral, a doutrina não diverge que, em qualquer sistema, essas são *as três boas razões* - triangulares e autodependentes - na aplicação dos precedentes judiciais. Eles geram um *tratamento igualitário* das partes perante a lei; a *certeza do direito* e, assim, tornam *previsível a solução das controvérsias* (cf. Taruffo e La Torre, *loc. cit.*, p. 165). *Idem*, na *common law*, que elenca como justificação para os precedente a estabilidade que ele provê para a estruturação da sociedade e a certeza de que o direito será aplicado de uma mesma forma a diferentes casos (v. Summers, “Precedent in US”, *op. cit.*, p. 379). Mencionando a eficiência, a previsibilidade e a uniformidade como qualidades do sistema que se pauta pelos precedentes do tribunal, v., em acréscimo, Reynolds, *Judicial Process, cit.*, pp. 71-72.

pela justiça na eventualidade de algum conflito. Por conseguinte, a previsibilidade imposta pela jurisprudência *reduz a quantidade de demandas judiciais*, pois as partes já sabem a solução provável da sua disputa, tornando-se naturalmente refratárias ao litígio, o que acaba por *economizar recursos públicos* utilizados na administração da justiça. Além disso tudo, diz-se que a jurisprudência garante a *uniformidade* do direito, porque sua obediência acaba por salvaguardar o *princípio constitucional da igualdade*, ao impor soluções idênticas a casos idênticos. *Uniformidade*, aliás, que é um elemento essencial para a melhor distribuição de *justiça*, inclusive por afastar a possibilidade de julgados fundados em questões políticas, raciais ou amparadas na arbitrariedade, ou ao sabor da opinião pessoal do juiz do processo, pois as decisões deverão ser invariavelmente *similares* àquelas já estabelecidas pelas cortes de apelação, isso representando, de mais a mais, um indispensável componente para se prover a *confiança na jurisdição*.⁴⁴⁰

A partir dessa análise que enfoca *as virtudes dos precedentes*, arraigados na cultura do sistema da *common law*, mas perfeitamente aplicáveis ao nosso sistema jurídico – que começa a se afeiçoar ao *stare decisis* –, entende-se que o *overruling* representará a própria desobediência ao precedente, razão pela qual a adoção desta prática pelo tribunal exigirá, por consequência, justificativas plausíveis, inclusive para permitir a *aceitação* do “novo precedente”. Portanto, é preciso o tribunal *dizer, especificar, dar fundamentos de altíssimo grau de confiabilidade* para convencer a sociedade de que esta ou aquela jurisprudência consolidada merece uma ponderação revisional à luz das alterações sociais, econômicas ou científicas. Aliás, bem adverte a doutrina, “não é pela razão de ter poder para revogar os seus próprios precedentes que a Corte pode revogá-los à distância de *circunstâncias especiais*, como se a todo instante pudesse rever a mesma questão jurídica. (...) não há qualquer sentido em ter poder para elaborar precedente e não ter dever de respeitá-lo”.⁴⁴¹

Destarte, a denominada “revisão jurisprudencial” (*overruling*), embora essencial ao salutar “processo de mutação da norma infraconstitucional”, há de ser considerada de forma excepcionalíssima, pois revela-se uma atitude absolutamente drástica (*a drastic step*⁴⁴²), devendo ser evitada tanto pelo próprio órgão de onde partiu a formação da

⁴⁴⁰ Essas premissas são bem sumarizadas por Reynolds, *op. cit.*, p. 72. Em outra passagem, o mesmo autor observa que em algumas áreas do direito a previsibilidade é mais importante, *v.g.*, redação de testamentos e a reorganização corporativa, porque os atos são redigidos hoje para ter validade futura (*cit.*, p. 169).

⁴⁴¹ Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, *op. cit.*, p. 389.

⁴⁴² Cf. Tribe, *op. cit.*, p. 238. Thomas da Rosa de Bustamante elenca, fundado na doutrina estrangeira, várias premissas nas quais os tribunais se fiam quando se fala em revogação de jurisprudência. É imprescindível, de fato, verificar se há “novas razões” que justifiquem a virada; em segundo lugar, a análise da confiança justificada no precedente é de curial importância para saber os “danos” que o abandono da tese e sua substituição por outra irá ensejar, isto é, “o perigo de se perturbar retrospectivamente o direito dos contratos, da propriedade e das relações jurídicas de natureza fiscal” (*cit.*, p. 399); em terceiro, fala-se também no

jurisprudência como notadamente pelos juízes de graus jurisdicionais inferiores que estão a cumprir a função de aplicar a jurisprudência aos casos concretos.⁴⁴³ Todavia – e conforme afirmamos alhures –, isso não quer dizer que os arestos arraigados devam ser mantidos só porque eles assim estão incorporados no ordenamento, mas sim que nesse contexto é preciso fazer, à semelhança do que faz o legislador ao substituir uma lei, um delicado *juízo de reflexão*, visando definir, a partir desse confronto entre o “velho” e o “novo”,⁴⁴⁴ o que é melhor para a sociedade em termos jurídicos.

Para se ter uma ideia, na Corte Suprema dos Estados Unidos, no âmbito da qual se forjou a doutrina do *overruling*, tem-se entendido, inclusive com uma certa dose de pragmatismo, que previamente ao cancelamento de um precedente o juiz deve questionar os seguintes aspectos: (a) se a regra por ele estatuída tornou-se *intolerável* simplesmente por desafiar sua *aplicação prática*; (b) se alguns princípios legais desenvolveram-se rapidamente a ponto de tornar antiquada a regra estabelecida pelo precedente revisitado, i.e., *nada mais do que um resto de uma abandonada doutrina*; (c) se os *fatos mudaram radicalmente* ou tornaram-se diferentes a ponto de excluir da regra antiga uma significativa aplicação ou justificativa legal; ou, ainda, (d) se a regra (interpretação legal) prevista no precedente a ser modificada está sujeita a uma certa *confiança* a ponto de sua alteração implicar uma *tarefa difícil*, *por conta das graves consequências* daí advindas, criando, v.g., injustiças em escala (i.e., deve indagar o tribunal: em que medida a regra prevista no precedente é tão arraigada que, mesmo injusta ou ultrapassada, vale a pena ser repudiada?),

respeito ao legislador, razão pela qual a corte não deve atuar para revogar seu precedente quando, subsequentemente, o Legislativo já tenha atuado sob a suposição de que o precedente constitui parte do direito positivo; em quarto, leva-se em conta que a alteração de uma jurisprudência consolidada deve partir de um real debate concreto, não sendo possível reformar a linha de pensamento só em virtude de inspirações doutrinárias ou meros debates acadêmicos sobre o tema. Tudo isso, assinala Bustamante agora citando o direito francês, é exigido para que o tribunal não proceda a *retornos irrefletidos* (v. *Teoria do Precedente Judicial*, pp. 398/401 e 411).

⁴⁴³ A advertência é também feita por Roque Carraza: “a mudança de orientação jurisprudencial há de ser feita com o *mesmo cuidado* que o legislador deve ter quando inova a ordem jurídica”, para “evitar a guinada surpreenda todo um universo de pessoas, trazendo não só enorme insegurança nas relações sociais, como o descrédito do próprio Poder Judiciário” (*op. cit.*, p. 59). Em igual senso, Cruz e Tucci, fundado nas lições de Alexy, observa que o abandono de uma determinada orientação pretoriana deve estar fundada em “justificadas razões” e “ocorrendo esta hipótese, o ônus da argumentação deve ser imposto ao operador do direito que pretenda afastar-se do precedente” (*Precedente Judicial, op. cit.*, p. 297).

⁴⁴⁴ Deveras, um precedente antigo pode ser considerado altamente influente em razão da sua idade, mas isso só existe quando seus fundamentos não mudaram substancialmente e a base legal que lhe deu origem continua a mesma. O precedente antigo é bastante influente quando ele vem sendo adotado de forma contínua em vários casos para resolver a mesma questão. Por outro lado, um precedente antigo é considerado fraco apenas pelo fato de sua idade, quando o contexto social e econômico vierem a ser alterados, e especialmente quando as bases legais mudaram (cf. Taruffo e La Torre, “Precedent in Italy”, *op. cit.*, p. 160).

e, *pari passu*, (e) o período de tempo em que um dado precedente tiver sido aplicado, desde que, por certo, ainda manifeste uma razoável orientação legal.⁴⁴⁵

Como se vê, um precedente da *common law* é alterado desde que subsistam fatores determinantes, que demonstrem que a orientação nele contida é incompatível com os valores hodiernamente adotados pela comunidade jurídica (*incongruência social*) ou, ainda, não está em harmonia com regras que compõem o ordenamento jurídico (*incongruência sistêmica*), devendo-se atentar, porém, ao fato de que “a presença de tais fatores *não basta* para ensejar a medida [*overruling*], sendo necessário ponderar as razões de justiça (*substantive reasons*) que justificam a virada com os argumentos de segurança jurídica (*authority reasons*) imanescentes à adoção do *stare decisis* (previabilidade, isonomia, eficiência, impactos sobre a credibilidade do tribunal)”,⁴⁴⁶ de forma que “se, em tal confronto, *se verificar que os benefícios superam os prejuízos, concluir-se-á em favor da mudança* (...), caso contrário, optar-se-á por manter o entendimento equivocado, ante a percepção de que providência diversa seria ainda mais onerosa”.⁴⁴⁷

Destarte, estão aí resumidamente descritos os motivos pelos quais os tribunais, diante da obrigação de “revisitar sua jurisprudência”, devem buscar “razões especialmente relevantes” (*compelling reasons*) para tanto,⁴⁴⁸ sem as quais o *overruling* poderá ser rejeitado mesmo naqueles contextos em que o novo pensamento da corte, embora possa parecer mais acertado do ponto de vista legal, irá causar impactos tão relevantes que será melhor manter a antiga orientação, desde que, evidentemente, ela manifeste uma tese com um certo grau de razoabilidade jurídica e não esteja defasada a ponto de sua manutenção significar uma aberração. Ou seja, *é plenamente aceitável conviver com o precedente errado*, desde que (i) haja na tese por ele sufragada ainda alguma plausibilidade jurídica e, ao mesmo tempo, (ii) sua substituição venha a causar enormes consequências (situação esta, aliás, muito comum na atual prática judiciária, já que diversas vezes o tribunal superior se vê instado a revisar uma súmula antiga, mas decide mantê-la para evitar uma caótica reviravolta). Estas ponderações metodológicas para a revogação da jurisprudência sedimentada, destarte, devem ser inequivocamente *enfrentadas* no texto do voto que opinar em um ou noutro sentido; quer dizer, a Corte tem aí um *duplo ônus* argumentativo para poder reformular seus entendimentos, não cabendo apenas perscrutar o caso sob

⁴⁴⁵ Conforme, ainda, Laurence Tribe, comentando as decisões da *Supreme Court* dos EUA sobre a oportunidade de revisitação das suas decisões (*op. cit.*, pp. 239/240).

⁴⁴⁶ Cf. Patrícia Campos Mello, *Precedentes*, *op. cit.*, p. 325.

⁴⁴⁷ Ainda cf. Patrícia Mello, *op. cit.*, p. 325.

⁴⁴⁸ Campos Mello, *op. cit.*, p. 326. Na mesma direção, salientando a necessidade de um *discurso justificativo* da reforma do precedente., v, dentre tantos: Thomas Bustamante, *op. cit.*, p. 391.

julgamento, mas também demonstrar com base em *critérios específicos* os motivos que fortemente justificam a revogação do aresto *sub censura*.⁴⁴⁹⁻⁴⁵⁰

Justifica-se plenamente, destarte, a menção prevista no § 1º do art. 882 do Projeto do novo CPC na versão ora comentada, para não deixar margem de dúvida quanto ao *dever* de o tribunal superior justificar, em um primeiro momento, as razões que considera juridicamente plausíveis para *suplantar* a orientação passada,⁴⁵¹ sem deixar de obtemperar, em segundo plano, os efeitos que essa modificação poderá ensejar à *estabilidade das relações jurídicas*.⁴⁵²

Consequentemente, *outra vertente de motivação decisória* também se exige do tribunal superior quando ele, revogando a jurisprudência constante, tiver de relativizar a transcendência do precedente que vier a substituí-la. A fundamentação de que se fala aqui é aquela que, em geral, se exige do tribunal superior (STF e STJ) para adicionar efeitos diversos à sua decisão, tema este por nós tratado amplamente no curso dessa tese, em mais de uma oportunidade (e a cujas considerações fazemos referência, em respeito à brevidade). É, na forma do que vimos alhures, a marcante *excepcionalidade* da adoção da técnica modulatória da eficácia do *decisum* (em qualquer caso, inclusive na hipótese de *overruling*) que conduz à obrigação de *motivar, no especial*.

Uma vez decidindo o tribunal superior pela mudança do seu entendimento sedimentado, passará invariavelmente ao debate acerca dos *reflexos* dessa atividade revisional, com a finalidade de verificar se é ou não conveniente atribuir à nova tese, *e.g.*, uma limitação temporal, salvaguardando atos jurídicos que possam estar consolidados no

⁴⁴⁹ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, *op. cit.*, p. 512. No mesmo rumo, sobre a necessidade de uma carga de argumentação no *overruling*, para superar o princípio da inércia, segundo o qual uma orientação adotada várias vezes no passado regularmente deve prevalecer no futuro, v. José Rogério Cruz e Tucci, “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, in *Direito Jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁵⁰ Percebe-se nitidamente que as questões acima tocadas, de um modo geral, estão relacionadas às *reflexões que todo juiz deve ponderadamente fazer quando confrontado diante do fenômeno da mutação dos entendimentos legais*, sobre os quais discorremos nos capítulos anteriores (v. Capítulo 3.4.5), perquirindo as realidades sociais, políticas e econômicas, para saber se elas se conformam com a orientação contida na jurisprudência da sua corte.

⁴⁵¹ Na explicação de Patrícia Campos Mello, baseada nas lições de Hansford e Spriggs, “a superação de um julgado implica o ônus de enfrentar argumentativamente os fundamentos da decisão anterior e as razões de segurança jurídica (*authority reasons*) que antagonizam a mudança e, quanto ao ponto, é de se notar que, nos países da *common law*, há uma convicção profundamente enraizada da sociedade no sentido de que as decisões dos tribunais devem se basear em critérios juridicamente relevantes, dentre os quais o respeito aos precedentes judiciais tem especial destaque” (*Precedentes*, *op. cit.*, p. 275).

⁴⁵² “A revogação de um precedente *depende a adequada confrontação* entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a preservação contra a surpresa injusta” (cf. Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, *op. cit.*, p. 392).

passado a partir da aplicação do precedente recém-editado, observados os princípios que são indicados pela legislação, quais sejam, *interesse social* e *segurança jurídica* (cf. inc. V do art. 882 do Projeto CPC), sem prejuízo, é claro, de outros tantos que com eles se relacionem.

Especificamente no que diz respeito ao *overruling*, a motivação em questão guarda inigualável importância na medida em que não é toda virada jurisprudencial que irá causar danos *graves* ou *irremediáveis* à segurança jurídica e ao interesse social, dependendo de vários fatores. Prova disso é que o citado inciso V do art. 882 do novo CPC predispõe a técnica aos chamados tribunais constitucionais de forma *opcional*, aludindo expressamente a que “*pode* haver modulação”.

Neste ponto, a proposta *de lege ferenda* caminha em bom senso, pois o que se *obriga* ao tribunal (deve *ex officio*, inclusive) é apenas a *discussão* sobre a oportunidade de agregar temperamentos ao *decisum* recém-lançado, não seu deferimento, mesmo porque subsistem inversões jurisprudenciais que não estão a exigir qualquer espécie de prospecção. A bem da verdade, em algumas situações delicadas, a incidência retroativa (logo, *ex tunc*) do *overruling* apresentar-se-á como uma solução adequada para o restabelecimento da ordem pública, por exemplo, nas hipóteses de revogação de orientação manifestamente equivocada que coloque em risco valores sociais de fundamental relevância (assim, *e.g.*, a revogação de um precedente que admita a validade de uma lei que refere um ato Estatal gravemente confiscatório).⁴⁵³

Mas em quais circunstâncias exatamente o tribunal superior deve obtemperar sua nova decisão para amenizar os reflexos danosos do *overruling* ? Ou, perguntando de outro modo: quais seriam os precedentes reconsiderados passíveis de terem seus efeitos convalidados no tempo ?

A resposta à indagação acima obriga, de plano, o exame dos impactos que a reviravolta deve causar à sociedade de modo geral, com vistas ao respeito da *segurança jurídica* e do *interesse social*, princípios estes que, invariavelmente, são perquiridos

⁴⁵³ Como ressalta Bustamante, em alguns casos, *razões morais* autorizarão a retroatividade plena da nova jurisprudência objeto da reviravolta: “havendo um *princípio moral* que indique a necessidade de um *overruling*, as razões morais que justificam a aplicação da nova regra devem, via de regra, preponderar sobre as razões de natureza pragmática que justificam a eficácia prospectiva do novo regramento judicial (*judicial ruling*)” (*Teoria do Precedente Judicial*, *op. cit.*, p. 461). Em sentido similar, Humberto Ávila: “nem toda alteração jurisprudencial pode ser considerada efetivamente uma mudança; nem toda mudança tem efeitos retroativos; nem todas mudanças com efeitos retroativos merecem amparo pelo princípio da proteção da confiança” (*cit.*, p. 468).

casuisticamente. Sendo assim, é materialmente impossível precisar com absoluta exatidão as hipóteses passíveis de modulação, devendo a solução ser encontrada em cada caso concreto, especificamente.⁴⁵⁴

Há, entretanto, algumas *premissas elementares que podem orientar* essa averiguação da oportunidade da manipulação do espectro consequencial da reviravolta da jurisprudência do tribunal superior, que passa, em primeiro lugar, por uma *minuciosa análise da confiança legítima* que se depositou sobre o precedente cancelado, resultado da aplicação do princípio constitucional da segurança jurídica (e, por conseguinte, da averiguação dos impactos sobre a *ordem social e econômica*).

De fato, consoante assinala a doutrina de escol a partir do estudo do fenômeno do *overruling* no direito norte-americano, de um modo geral “as Cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem *consideração meticulosa*, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que os jurisdicionados costumam se *pautar nos precedentes*, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou sua fragilidade”.⁴⁵⁵ Isto quer dizer que ao tribunal superior cumpre rigorosamente a tarefa de *identificar precisamente* se o precedente que se revoga gerou *expectativas* aos cidadãos a partir da sua utilização como norte para resolução dos problemas civis e negociais das suas vidas. Não é qualquer precedente que tem essa aptidão!

Evidentemente, ao contrário da lei que já nasce pronta e estável, o precedente ou a jurisprudência com a característica de gerar expectativas legítimas *forma-se e transforma-se* com o passar do tempo. A jurisprudência é um conjunto de decisões que normalmente nascem controvertidas e somente são estabilizadas após reiteradas manifestações judiciais em um dado sentido (majoritário). Este marco temporal é determinante para entender o exato *grau de confiança* depositado no precedente judicial: ele só será confiável na medida em que estiver devidamente estabilizado ou tiver aptidão para impor tal estabilidade,⁴⁵⁶ v.g., provindo de um tribunal competente para dirimir a questão de fundo.

⁴⁵⁴ Ainda: Ávila, *cit.*, pp. 491 e 493. Quer dizer, “*não há uma resposta-padrão para o problema da eficácia retroativa da jurisprudência*” (*idem, op. cit.*, p. 489).

⁴⁵⁵ Cf. Marinoni, *Precedentes Obrigatórios, op. cit.*, p. 425.

⁴⁵⁶ Misabel Derzi, nesse sentido, ensina que “um precedente consolidado se diz existente quando é proferido pleno (ou órgão competente para uniformizar, em caráter final, a jurisprudência) de um tribunal superior ou tribunal de justiça estadual, segundo a competência, definida na Constituição e nas leis, para pôr a norma judicial, em instância máxima e é publicado” (*op. cit.*, p. 535).

Um precedente que fuja dessa característica não será, em tese, suscetível de gerar expectativas legítimas e orientar os cidadãos, de modo que sua superação, por meio de uma outra decisão contrária, não será entendida como típico *overruling* e, por via de consequência, não abrirá espaço para a modulação temporal ou subjetiva dos consectários do novo precedente.⁴⁵⁷ É necessário, portanto, que a “decisão modificada” *possa ter razoavelmente produzido efeitos orientadores*, afinal “só se muda aquilo que já se firmou, não o que ainda não se estabeleceu”,⁴⁵⁸ ideia essa, aliás, que está assentada há muito tempo na doutrina que se põs a examinar o tema: “nem toda a confiança merece proteção, *mas só aquela que parece estar justificada pelas circunstâncias*. (...) A proteção da confiança não pode ser tida em conta quando a confiança numa determinada situação jurídica não esteja objetivamente justificada”.⁴⁵⁹

Para debater melhor a situação descrita acima, pode-se sustentar que um precedente *monoprocessual*⁴⁶⁰ do STJ não será forte o bastante para gerar expectativas legítimas sempre que ele estiver em confronto (i.e., divergir) de um outro proferido por uma outra Turma, nas hipóteses de competência concorrente para o exame da matéria (v.g., direito processual civil).⁴⁶¹ Neste caso, o precedente confiável dependerá de uniformização *interna corporis* via Embargos de Divergência para poder repercutir externamente na condição de “jurisprudência do STJ”. Apenas a orientação com tal qualidade é que, via de regra, poderá ter seus efeitos adaptados na eventualidade de ser revista no futuro no seio do próprio tribunal superior, porquanto o aresto advindo de um órgão colegiado dessa

⁴⁵⁷ Veja-se o caso da Súmula 276 do STJ, que dispensava os prestadores de serviços ao pagamento da Cofins, a partir da interpretação da lei infraconstitucional, que veio a ser posteriormente confrontada por decisão do STF, que entendeu constitucional o tributo, negando a modulação (v. RE 377.457/PR, RE 381.964/MG, ED no AG no AI nº 633.563/RJ).

⁴⁵⁸ Ávila, *op. cit.*, p. 468.

⁴⁵⁹ Karl Larenz, *Metodologia*, *cit.*, p. 603-604.

⁴⁶⁰ A expressão *monoprocessual* é utilizada na doutrina para indicar o precedente que advém de um só processo, embora tal precedente possa muitas vezes ter uma força maior que a própria jurisprudência, quando, por exemplo, advir de uma ação direta de inconstitucionalidade, com efeitos vinculantes erga omnes. Já os precedentes *pluriprocessuais* são aqueles que se originam de diversos processos, formando a jurisprudência do tribunal, sumulada ou não (e, nesse sentido, podem ser ou não diretamente vinculantes). Sobre tais distinções, v. Caio Márcio Gutterres Taranto, *op. cit.*, p. 212-213.

⁴⁶¹ Em julgamento ocorrido em maio de 2012, a 3ª Turma do STJ revisou o entendimento sedimentado no Tribunal sobre a interpretação do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, para entender a vedação à denunciação da lide nas ações de consumos ocorre também quando há vício na prestação de *serviços*. No bojo do julgado, porém, citou precedentes da 4ª Turma em sentido contrário, representativos da jurisprudência antiga da Corte no senso de que o art. 88 do CDC só se refere ao vício de *produto*, permitindo, assim, a denunciação da lide na ação que tratar de prestação de serviços (v. REsp 1.165.279/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 22/05/2012, www.stj.jus.br). Esse novo precedente da 3ª Turma, embora enseje uma virada de jurisprudência, não poderá gerar *expectativas legítimas* (em relação à “nova orientação”), pois suas razões referem orientação antiga, de outra Turma (4ª T.), abrindo espaço para os embargos de divergência. Em definitivo, portanto, o *overruling* do tema processual só haverá se e quando a Seção decidir o tema em sede de embargos de divergência ou, eventualmente, se a 4ª Turma passar a seguir esse novo precedente em seus novos julgamentos.

natureza (Seção ou Corte Especial) detém a capacidade de expressar a última palavra sobre a interpretação da lei federal (*idem*, em relação às decisões do Plenário do STF acerca do entendimento da Constituição).⁴⁶²

De igual forma, a mudança de um precedente não causará surpresa que possa ser tutelada via modulação nas hipóteses nas quais o precedente invadir competência de outro tribunal; assim, por exemplo, os juízos do STJ que digam respeito a aspectos puramente constitucionais – máxime aqueles que tenham sido questionados pela via do recurso extraordinário – não poderão, *salvo exceções pontuais*,⁴⁶³ ser interpretados como típicos precedentes passíveis de proporcionar aos jurisdicionados alguma expectativa quanto ao *thema decindendo*, porque quem dá a última palavra sobre a Constituição é o Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁴ - voltaremos a essa polêmica na ocasião em que cuidarmos da modulação no direito processual.

Essas considerações acima estão a demonstrar, em suma, que nem toda reversão jurisprudencial é *típica reversão*, como também demonstram que nem toda alteração de entendimento irá dar margem, como temos indicado, a uma discussão sobre limitação temporal. Para isso, há de ser ter uma *jurisprudência estável*, decorrente de precedente(s)

⁴⁶² Esse sistema de identificação da força do precedente é um *fenômeno mundial*, a depender das peculiaridades de cada caso. A bem da verdade, a jurisprudência apta a gerar expectativas legítimas é aquela que vem sendo aplicada fortemente há algum tempo aos mais diversos processos pelos órgãos judiciários *a quo* (*jurisprudence constante*, na terminologia do direito francês, ou *persisting jurisprudence*, na técnica da *common law*), muito embora seja possível, excepcionalmente, que um só precedente possa ser apto a tanto (v., sobre o tema, Troper e Grzegorzczuk, “Precedent in France”, *op. cit.*, pp. 122 e 123).

⁴⁶³ No conhecido caso da Cofins dos advogados o STJ, embora tratando de matéria constitucional, editou uma Súmula para dizer que as sociedades prestadas de serviços estavam isentas do tributo. Apesar dos recursos extraordinários interpostos para atacar tal posição sumulada, por vários anos o STF recusou-se a manifestar sobre o tema, indicando que a matéria seria *infraconstitucional*. Ao que, certo dia, a Suprema Corte resolveu apreciar o tema – que, de fato, tinha natureza constitucional – para julgar que o tributo sempre fora devido. Em singelo artigo sobre o tema salientamos esta circunstância especial, observando que o próprio STF deu motivos para que os advogados confiassem na higidez do enunciado do STJ, razão pela qual o Supremo tinha substrato para modular seu *decisum*, prospectando seus efeitos e, consequentemente, estabelecendo que o imposto só seria devido *a partir do julgamento* (v. “A Questão da Cofins dos Advogados”, in *Jornal “Tribuna do Direito”*, julho de 2006, p. 16). *A favor* da modulação no caso da Cofins dos advogados, confira-se fundado artigo de Hugo de Brito Machado, “Segurança Jurídica e Lei Complementar”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 152/103. *Em sentido contrário*, defendendo que a Súmula 276 STJ sobre a Cofins não foi suficiente para gerar confiança legítima, confira-se artigo de Celso de Albuquerque Silva, “Cofins das Sociedades Cíveis de Profissão Regulamentada e o Princípio da Segurança Jurídica: um Caso de Modulação de Efeitos Temporais da Decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal?”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 155/7. Como visto, porém, o STF resolveu afastar a modulação *in casu*, sob o argumento que sempre decidira daquela forma (pela validade da lei ordinária que instituiu o tributo) e, sendo assim, não haveria porque confiar em súmula que violava sua interpretação.

⁴⁶⁴ Em senso análogo, usando o mesmo exemplo, v. Humberto Ávila, *op. cit.*, pp. 468 e 485. Veja-se também, sobre a força do precedente STJ, Luiz Guilherme Marinoni, enfatizando que o precedente das Turmas tem a capacidade de orientar e vincular, salvo no sentido horizontal (dentro da própria Corte) – v. *Precedentes Obrigatórios*, *cit.*, pp. 493 e ss.

transitado(s) em julgado, pois “os limites à modificação jurisprudencial só se aplicam, desse modo, quando houver *causae finitae*, isto é, decisões que produzam efeitos e envolvam algum grau de preclusividade”.⁴⁶⁵

Ainda dentro dessa análise, notamos que existirão circunstâncias nas quais a reviravolta advém de mudança da base normativa ou de alteração fática, motivo pelo qual o tribunal decide, a partir desses *factos supervenientes*, alterar sua decisão.⁴⁶⁶ Aqui, é claro, não existe espaço para modulação, exatamente em razão de a jurisprudência “alterada” *não perder sua eficácia* ao tempo em que a lei ou os fatos eram outros. Logo, refoge à hipótese de típico de *overruling* e, tampouco, de fenômeno passível de criar alguma dúvida no tocante à validade do entendimento que se revisitou graças à alteração posterior de uma lei ou de um fato, não obstante também neste ponto devam ser postas as devidas ressalvas, pois será o *exame casuístico* que ditará precisamente a conveniência de levantar uma discussão desse jaez.

As indicações de critérios para definir os verdadeiros *overrulings* não dispensam, naturalmente, que o tribunal superior se debruce sobre as *particularidades* da “decisão revogada” sempre que isso acontecer. Ou seja, queremos dizer que poderá haver reviravoltas que não necessariamente irão impor a modulação, como, por sinal, esclarecemos acima, lembrando a hipótese de um acórdão que tenha por finalidade afastar uma antiga “jurisprudência absurda ou arbitrária” ou ainda um “precedente fraco”,⁴⁶⁷ de cuja validade ninguém poderia fiar-se (e a história está repleta de exemplos sobre entendimentos que, com a evolução social, passaram a ser considerados delirantes da menor razoabilidade jurídica).

Essa afirmação é colocada novamente porque, insistimos, não é a alteração por si só que irá impor um “corte” na eficácia retroativa e *erga omnes* da novel jurisprudência. Com vistas à fundamentação adequada do acórdão cujos impactos externos são relativizados, o tribunal deverá ver, em primeiro lugar, se há *elementos concretos* para amparar uma proteção distinta àqueles que se dizem prejudicados por ter confiado na decisão. Por isso mesmo, conforme revelamos no momento da análise do direito constitucional, poderá

⁴⁶⁵ Como bem revela, ainda, Humberto Ávila, *cit.*, p. 471.

⁴⁶⁶ Ávila, *op. cit.*, p. 467.

⁴⁶⁷ São os *precedentes fracos*, quer por desvios doutrinários, quer por “assombros interpretativos” (v. Humberto Ávila, *cit.*, p. 484), que os afastam da razoabilidade, impedindo que alguém em sã consciência possa nele confiar. Sobre as diversas modalidades de precedentes, v. Caio Márcio Guterres Taranto, o qual descreve também o *precedente contraditório*, sobre o qual não se pode depositar nenhuma confiança, pois “possuem orientações conflitantes” (*op. cit.*, p. 219). Ainda, a respeito do enfraquecimento do precedente que dá ensejo ao seu abandono, v. Thomas Bustamante, *Teoria do Precedente Judicial*, *cit.*, p. 393.

deixar a questão sob o crivo de um juiz de primeiro grau,⁴⁶⁸ para que *incidentalmente* seja a controvérsia apreciada à luz das suas próprias especificidades, permitindo a *prova do fato* (= confiança no precedente revisto) por meio de todos os instrumentos processuais disponíveis (exemplificativamente, poderá o prejudicado *provar* que *concretamente confiou* na orientação com base em fundado parecer de jurista renomado que, de seu turno, baseou sua opinião na jurisprudência revogada).⁴⁶⁹ De toda forma, essa modulação incidental atribuída ao juiz singular deve ser vista como uma *exceção*, para evitar a multiplicação de demandas, surgidas para discutir apenas os efeitos reais do precedente revisor; sempre que houver elementos, o tribunal superior deverá *desde logo* (i.e., abstratamente) proceder à restrição dos efeitos do *overruling*, para manifestar expressamente que a eficácia declaratória será aceita naquela hipótese (expressamente indicada no acórdão do tribunal superior) e nenhuma outra situação concreta poderá impedir o novo julgado de avançar indistintamente sobre o passado e as causas pendentes.

Dentro desse contexto, é certo afirmar que as *estatísticas* também podem dar conforto ao tribunal superior para explicar corretamente os impactos externos gerados por sua decisão reformadora. Não é absurdo – muito pelo contrário – sugerir que o tribunal tem o *poder-dever* de suspender o trâmite da questão para averiguar a repercussão de uma retratação, mediante *pesquisas técnicas*, sem prejuízo da *audiência pública* a que faz referência o § 2º do art. 882 do Projeto do novo CPC. Essa paralisação poderá dar ensejo à coleta de provas de eventuais alegações, v.g., de reais *consequências econômicas*, que possam pôr em risco a vida de empresas de um dado setor da economia que pautaram suas condutas pela orientação judicial reconsiderada: é preciso ouvir todos os principais agentes envolvidos na discussão de mérito para *debater* os impactos de uma reviravolta (assim, para ilustrar, aludindo a matéria ao direito tributário, será prudente escutar a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, que poderá trazer subsídios concretos para dizer se a reversão em pauta causará ou não prejuízos drásticos nas finanças de certas empresas associadas, e assim por diante).

⁴⁶⁸ Analogicamente, provando que o juiz de primeiro grau tem a capacidade de fazer esses ajustes temporais em vistas de lei, v. também a *ratio* da Súmula 611 do Supremo, segundo a qual “transitada em julgada a sentença condenatória, *compet*e aos juízos das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

⁴⁶⁹ Isso tudo porque, ainda valendo-se das lições de Humberto Ávila, a expressão ‘eficácia retroativa das decisões judiciais’ só pode dizer respeito aos casos em que o cidadão atua com base em decisão judicial, cuja eficácia se restringe a uma terceira pessoa ou a uma coletividade, que, posteriormente, é alterada por nova orientação que tem efeitos retroativos. Nessa situação específica o particular atua com base em uma decisão judicial que entende também aplicável ao seu caso, mas tem seu comportamento valorado por outra que desconhecia no momento da sua ação. Somente nesse sentido estrito é que se pode falar em ‘retroatividade da jurisprudência’” (*op. cit.*, p. 477).

Visando concluir este capítulo, podemos afirmar, enfim, que são da mais absoluta importância as justificativas do tribunal tanto para *negar* como também – e com muito mais razão – para *deferir* uma limitação temporal ou subjetiva ao seu julgado. Em um primeiro plano, deve o tribunal olhar se é mesmo o caso de *overruling*, com a análise da situação jurisprudencial anterior, pois, conforme mencionamos, ao contrário da lei, a orientação advinda de um tribunal superior não se forma “instantaneamente”. Nesse contexto, havendo precedentes pacíficos sobre o tema, será necessário então perscrutar o alcance do *novo juízo* (i.e., a decisão reformadora), objetivando determinar os impactos que ele propagará em relação aos precedentes antigos, para saber se houve, ou não, uma virada, ainda que de forma *implícita* ou *encoberta*.⁴⁷⁰ Já em segundo momento, havendo o conhecimento pleno e indiscutível de que o novo precedente significou reviravolta de pacíficos entendimentos adotados pelo tribunal, parte-se para o *exame da modulação* propriamente dita, tentando identificar a ocorrência de elementos propícios para conferir àquele aresto alguma flexibilização em termos de prospecção sua eficácia para prestigiar a segurança jurídica.⁴⁷¹

E, postas tais conclusões, salientamos que a decisão do STJ – fundamentada ou não – sobre a modulação estará sempre sujeita ao *recurso extraordinário*, transferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para deliberar se modulação eventualmente empregada está em consonância com os princípios constitucionais que a legitimam. Todavia, isso poderá revelar um problema maior caso a Suprema Corte entenda que a adaptação da eficácia do *decisum* do STJ se deu de forma equivocada, criando a necessidade de haver aqui uma “modulação da modulação”, que seria decretada para evitar novos problemas no tocante à segurança jurídica daqueles que sofreram eventuais abalos decorrentes do entendimento do STJ a esse respeito. Apesar dessas controvérsias,

⁴⁷⁰ A reversão implícita ou encoberta ocorre quando a decisão reformadora adota um outro entendimento incompatível com a decisão anterior, mas sem mencionar a prática do *overruling*. Sobre as várias formas de *overruling*, para uma análise detida do tema, com exemplos em abundância, reportamo-nos às lições de Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 472.

⁴⁷¹ A propósito e ao fim, lembramos que a doutrina que cuidou do tema tem mencionado algumas “diretivas gerais” que devem ser observadas para que o tribunal superior decida sobre a pertinência do *prospective overruling*, embora, como temos insistido, tudo isso seja muito casuístico, dependente da adoção de juízos de proporcionalidade e, destarte, impossível de sistematizar. Não obstante, seguindo as lições de Thomas da Rosa de Bustamante, quando o tribunal está frente a precedentes vinculantes ou “quase-vinculantes”, deve verificar se a reviravolta que pretende a eles impingir poderá lesionar princípios jurídicos importantes, a exemplo da segurança jurídica. Feito isso, o tribunal deve ponderar, no particular, (a) “quanto mais vinculante for a regra jurisprudencial superada, mais razões haverá para o *prospective overruling*”; (b) “quanto mais antiga for a regra jurisprudencial superada, mais razões haverá para os efeitos prospectivos do *overruling*”; (c) “em todos os casos em que se aplique o *prospective overruling*, deve haver uma decisão clara e justificada sobre o assunto, fundamentada em um juízo ponderado sobre os princípios afetados pela nova decisão”; (d) “o tribunal deve se esforçar para justificar em termos racionais a decisão sobre a eficácia das normas que está pronunciando” (*op. cit.*, pp. 463-464).

entendemos que para o bem do sistema como um todo e, certamente, por ensejar a técnica modulatória a interpretação de postulados estabelecidos na Constituição, cuja guarda compete ao STF, é impossível não sujeitar a decisão do tribunal superior à impugnação recursal extraordinária. Seja da forma que for, uma vez chamada a Suprema Corte a proceder à revisão de tais decisões, deverá executar tal função *com cautela*, lembrando, em primeiro lugar, que a atribuição de efeitos *pro-futuro* ou relativizados à jurisprudência é, tradicionalmente, uma questão de “política judiciária” que deve ser conferida ao tribunal superior que proferiu o *decisum* no qual se contém a *regra legal* (ou a *nova regra*, havendo um *overruling*), sem contar que existe também neste tema um certo grau de discricionariedade e um viés político que só pode ser legitimamente exercido por quem gerou a jurisprudência. Estamos a defender, no ponto, que o Supremo Tribunal Federal, uma vez instado a dizer sobre a justiça da atividade restritiva engendrada pelo tribunal superior (STJ/TST/TSE), avaliará a matéria sobre o prisma da razoabilidade dos fundamentos que a amparam, restringindo-se a reformar apenas aquelas decisões que se mostrem nitidamente *teratológicas*, com o que respeitará o STJ na qualidade de *instituição*, no exercício da tarefa de limitar quando necessário os consectários dos precedentes proferidos nos feitos que estão subsumidos pela Constituição à sua *competência*, evitando conflitos institucionais que, nesse âmbito, teriam o condão de conturbar aquilo que, com a técnica manipulatória, objetiva-se pacificar.⁴⁷²

4.3.2. Métodos de modulação (em especial, no *overruling*).

Tratando-se de atribuir efeitos prospectivos a uma decisão judicial com o objetivo de garantir o princípio da segurança jurídica e direitos consolidados, parte-se do pressuposto da viabilidade de a jurisprudência, em algum dado momento, produzir o *direito novo*. Equipara-se, dessa forma, os reflexos da interpretação judicial com aqueles produzidos pela *lei* em sentido estrito: a exemplo do que ocorre com a norma recém-editada, o *novo precedente* não poderá atingir situações passadas que possam eventualmente prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF e art. 6º da LICC).⁴⁷³

⁴⁷² O que defendemos é que o Poder Judiciário deve atuar *com responsabilidade*, para evitar uma curiosa “modulação da modulação”.

⁴⁷³ Conforme ensina Patrícia Campos Mello em senso similar, “a defesa em favor da eficácia futura assinala que o Judiciário, ao decidir um caso, exerce duas atribuições distintas: ele soluciona um conflito concreto e, ao mesmo tempo, *define a regra* que orientará o futuro. Por isso, postula-se que estas duas atividades merecem ser objeto de teorias operacionais específicas, justificando-se a utilização da revogação com efeitos prospectivos (*prospective overruling*), a fim de que se possa proceder à superação de precedentes inadequados, sem lesar a confiança dos jurisdicionados injustamente” (*op. cit.*, pp. 264/265).

Feito esse paralelo, admitindo-se representar a jurisprudência uma “lex sui generis”, o clássico *princípio da irretroatividade da lei nova* apresenta-se naturalmente como o método mais eficaz e usual para *auxiliar* a aplicação prática da doutrina de reestruturação dos limites externos das decisões judiciais: quer-se dizer que as regras do *direito intertemporal* têm incidência objetiva no ramo dos precedentes, cujos efeitos serão produzidos *a partir da sua publicação* ou de uma *data futura* que o tribunal, fundamentadamente, estabeleça como o marco inicial da eficácia do comando contido na interpretação judicial da norma, sem prejuízo de considerar aqui um período de *vacatio* (v., *por analogia*, art. 1º, *caput*, da LICC⁴⁷⁴).

Neste sentido, ao *revogar* a interpretação de uma norma, atribuindo a ela um outro sentido, é razoável compreender que o tribunal poderá simplesmente regular que o precedente moderno terá *eficácia futura*, salvaguardando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada constituídos ao tempo em que o precedente antigo (= definidor da regra legal de conduta) ainda vigorava. Dito de outro modo: o tribunal decidirá que a sua nova jurisprudência somente poderá incidir sobre casos recentes (ou sobre as causas de pedir surgidas após sua prolação), para organizar as situações passadas, diante da *confiança legítima* que se depositou sobre os arestos reconsiderados.⁴⁷⁵

Com efeito, os tribunais dos países da *common law* – especialmente os dos EUA – têm lançado mão de fórmulas sofisticadas (embora elas não fujam, em geral, das premissas elementares que orientam a irretroatividade no tempo da norma em respeito à segurança jurídica), a partir do fenômeno que encerra o *overruling*, estabelecendo-se *soluções práticas* que acabaram por forjar uma doutrina de irretroatividade das decisões judiciais (= *non-retroactive judicial law making doctrine*).⁴⁷⁶ Tais técnicas são descritas mediante a expressão genérica “*prospective overruling*” e incluem, primeiro, (1) o poder de o tribunal anunciar que a “nova regra” contida no precedente (= “new rule”) será aplicável somente para os *casos futuros*, ou seja, aqueles que envolvam uma causa de pedir que tenha surgido *depois* do anúncio da nova regra (i.e., após a publicação do precedente). Quando essa

⁴⁷⁴ “Art. 1º - Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”.

⁴⁷⁵ Essa fórmula de aplicar da jurisprudência prospectivamente serve também para remediar seus efeitos retroativos em hipóteses que não cuidem de *overruling*, a exemplo do *juízo de ilegalidade* (no âmbito do qual é possível *conservar* a validade da lei, mesmo tendo sido anulada) e, de modo geral, na *interpretação judicial da lei*, que lhe confira sentido diverso e cuja aplicação retroativa não possa interessar em razão de seus importantes impactos à ordem social. A propósito, lembramos aqui o exemplo de adoções consideradas *irregulares* em virtude da interpretação jurisprudencial de uma lei; o que fazer nesta situação, dar eficácia totalmente restrospectiva à interpretação judicial para devolver todas as crianças - adotadas ilegalmente - ao orfanato *ou* mantê-las no lar atual dos pais adotivos onde estão adaptadas, preservando laços de afeição ?

⁴⁷⁶ Cf. Juratowitch, *op. cit.*, p. 199.

decisão de prospecção é considerada, a “nova regra” *não poderá ser adotada tampouco no caso concreto no qual ela surgiu*, que será julgado com base na regra antiga. Uma segunda alternativa que as cortes apresentam para postergar a validade dos precedentes, consiste (2) na aplicação da “nova regra” apenas para o futuro, quer dizer, para os processos iniciados apenas depois de divulgado o precedente (sem retroatividade, portanto), mas, excepcionalmente, *permitindo também a sua utilização ao caso concreto* do qual a “nova regra” derivou. Já em uma terceira variação, (3) o precedente teria expansão não apenas ao caso do qual ele se originou, mas igualmente *a todos os outros feitos pendentes* de decisão. Uma quarta opção desses mecanismos consistiria (4) no anúncio da “nova regra” jurisprudencial, a qual, entretanto, além de não ter retroatividade, ficaria *pendente de aplicação pelo tribunal até uma determinada data futura*, para permitir que o legislador, v.g., (4-a) edite uma regra diferente, caso assim deseje e/ou (4-b) que as partes afetadas pelo precedente, especialmente se esta parte for o Estado, tenham tempo suficiente para regular suas relações de acordo com a “nova regra”. Com a adoção dessa quarta fórmula, as novas disputas serão julgadas com base na regra antiga no período de *vacatio* do precedente.⁴⁷⁷

Algumas das soluções acima adotadas visando coordenar os efeitos naturalmente retroativos das decisões são, porém, criticadas pela doutrina, notadamente aquela que *veda a aplicação do precedente inclusive ao próprio caso em que ele foi criado*, o que se convencionou chamar *pure prospective overruling*. Realmente, a adoção dessa fórmula de temporalização resulta em um *problema prático*, pois acaba por contrariar a função elementar da jurisdição, de dizer e aplicar o direito *no caso concreto* (i.e., distribuir justiça); ou seja, o próprio demandante que buscou a decisão, despendendo tempo e dinheiro, paradoxalmente não seria beneficiado pelo resultado que lhe fora favorável no mérito (caso o *overruling* o beneficie, é claro). Essa forma de ajustamento, ademais, acabaria por desencorajar o litígio, porque as partes ficariam com receio de recorrer à justiça diante do risco de não serem recompensadas com a tutela jurisdicional. Mas, por outro lado, é de se ver também que no momento em que se cogita adotar o aresto reformador *apenas para os casos pendentes* (aí abarcando o que lhe deu origem), criam-se entraves na aceitação de uma eventual *arbitrariedade* que tal solução poderia ensejar àqueles que por um motivo qualquer resolveram não demandar (as pessoas “excluídas” da eficácia do precedente).

⁴⁷⁷ Cf. Juratowitch, *op. cit.*, pp. 199-200.

Por isso, sugere-se, à guisa de *técnicas adicionais* às aquelas quatro acima citadas, visando contornar tais problemas práticos, que (5) a “nova regra” constante do precedente considere como marco divisório *as causas de pedir* surgidas até a data do precedente; desse modo, a “nova regra” será considerada em relação aos processos judiciais pendentes (*sub judice*) e futuros, desde que a causa de pedir já tenha ocorrido (assim, esta fórmula respeitará os casos já julgados com base na “regra antiga”); ou, ainda, em sentido mais ou menos similar, (6) que a “nova regra” seja adotada para as causas de pedir que vierem a ocorrer após sua edição (publicação do precedente, *v.g.*), a fim de que tanto os processos judiciais em curso (inclusive aquele onde o precedente foi gerado) como também os casos pendentes de ajuizamento (causa de pedir já perpetrada, mas sem ação judicial apresentada) serão apreciados com base na “regra antiga” (i.e., com base na jurisprudência antiga).⁴⁷⁸

Não obstante os vários tipos acima esmiuçados (e sem prejuízo também daqueles adotados na *jurisdição constitucional*, v. Capítulo 2.3.3 deste trabalho, os quais, *mutatis mutandis*, são aplicáveis ao *overruling* infraconstitucional), é de se ver que a doutrina costuma qualificar as técnicas de prospecção em *três grupos principais*, assim denominados: (a) *prospective prospective overruling*, quando se *posterga* (ao futuro) a produção de efeitos da nova regra; (b) *pure prospective overruling*, quando tribunal não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento; e (c) *prospective overruling*, que anuncia a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão.⁴⁷⁹ Em paralelo, outros termos têm sido utilizados para se referir basicamente às mesmas fórmulas de modulação, conforme se constata das lições da doutrina que examinou com profundidade o sistema recursal norte-americano, a saber: (a) *full retroactive application* é termo usado para caracterizar o precedente que possui eficácia retroativa plena (regra geral); (b) *partial retroactive application* recomenda que a nova

⁴⁷⁸ Ainda: Juratowitch, *op. cit.*, pp. 209-214. Bustamante também examinou esses “ajustes” adotados nos EUA para proceder a correção dos efeitos decisórios, separando-as da seguinte forma: (a) simples aplicação retroativa total, inclusive do caso julgado onde surgiu a nova regra; (b) aplicação puramente prospectiva (*purely prospective overruling*), i.e., *pro-futuro*, excluindo inclusive o caso julgado; (c) aplicação quase prospectiva (*regular prospective application*), que se trata da aplicação ao futuro da nova regra, inclusive ao caso julgado e aos pendentes de julgamento no dia da decisão (i.e., casos ajuizados), para premiar aqueles jurisdicionados que tenham posto em xeque a norma anterior, contribuindo para o desenvolvimento do direito; (d) aplicação prospectiva-prospectiva: ocorre quando o tribunal estabelece uma nova regra, mas estabelece sua vigência para uma data outra futura, para dar chance ao legislador para fazer as alterações necessárias para aplicação tranquila e adequada desse novo precedente, por exemplo, pagamento de dívidas acumuladas pelo Governo, entre outros (v. *Teoria do Precedente Judicial*, *op. cit.*, pp. 419-421).

⁴⁷⁹ Sobre o tema, v. Cruz e Tucci (*Precedente Judicial*, *op. cit.*, pp. 179 e 180), aludindo às expressões *retrospective overruling*, quando a revogação se opera *ex tunc*; *prospective overruling*, referente ao precedente com eficácia *ex nunc* e *anticipatory overruling*, referente ao movimento que decorrerá na revogação do precedente, quando ele, por exemplo, é superado pelas cortes inferiores, i.e., “uma alteração de rumo atinente ao respectivo precedente”.

regra regule todas as demandas, com exceção daquelas cujo julgamento já se tenha concluído ou cuja reapreciação seja limitada por outras disposições normativas; (c) *full prospective application*, quando se regulamenta que a nova regra só incidirá a partir da data do julgamento ou de determinado evento futuro, não atingindo nem mesmo as partes do caso que ensejou sua formulação; e (d) *partial prospective application* propõe a aplicação da nova norma às partes do caso que deu azo à mudança de entendimento e aos fatos ocorridos posteriormente a ela; neste caso, os negócios jurídicos anteriores à decisão serão resolvidos pela regra antiga.⁴⁸⁰

Nesse contexto, há quem inclua na condição *fórmula* de prospecção de precedente o *synalizing* (i.e., sinalização), que ocorre nas hipóteses em que o tribunal *avisa* (sinaliza), por meio de manifestações incidentais, que irá alterar o precedente no futuro: “portanto, quando se revoga o precedente, e a sinalização anterior foi feita, é coerente admitir a retroatividade da nova regra até a data da decisão sinalizadora ou até a data em que se supõe que o sinal foi absorvido na comunidade jurídica”.⁴⁸¹ Trata-se a sinalização, a rigor, de um modo de se destacar o *marco temporal* a partir do momento em que o precedente deixou de gerar confiança legítima e, via de consequência, de legitimar atos com base em seu conteúdo.⁴⁸²

Bem se percebe da análise acima, a aptidão de cada um desses inúmeros métodos concebidos pela doutrina e jurisprudência – inclusive os até agora adotados pelo Supremo Tribunal Federal e pelas Cortes Constitucionais estrangeiras, sobre as quais discorreremos no Capítulo 2.3.3 desta tese – dependerá muitíssimo do tema *sub judice* (ou seja, a definição do “direito intertemporal do precedente” é matéria cunho decisório, logo, tipicamente jurisdicional). Isto porque, conforme Humberto Ávila, cujas lições tomamos a liberdade de repetir, nesta seara “*não se pode admitir uma solução-padrão* a fim de se proteger o exercício concreto da confiança vinculada a uma decisão judicial modificada. *Em cada*

⁴⁸⁰ Cf. Patrícia Campos Mello, *op. cit.*, p. 326.

⁴⁸¹ Tudo conforme as lições de Marinoni, pautado em Eisenberg: v. *Precedentes Obrigatórios*, *op. cit.*, p. 422. Marinoni ainda cita um caso em que o tribunal sinalizou que iria alterar o precedente se o Legislativo não consertasse a norma em questão, editando nova regra. Porém, em tal situação, Marinoni observa que poderia o Tribunal, em vez de apenas advertir o Legislativo, proceder desde logo o *overruling*, suspendendo os efeitos do precedente, que teria eficácia apenas em uma data futura, considerando o tempo suficiente para o Legislativo rever a lei em debate (*Precedentes Obrigatórios*, *op. cit.*, p. 423/424).

⁴⁸² No voto-vencido do EDiv 738.689/PR, aqui tantas vezes comentado, o Ministro Herman Benjamin propôs a adoção desse *critério* como base para definição do momento em que a nova decisão do STJ (que revisou a jurisprudência antiga) deveria passar a valer; para o Ministro Benjamin, no instante em que cessa a reiteração da jurisprudência (até então pacífica), desaparece o que ele denomina de “sombra de juridicidade”.

caso deve ser comprovado o exercício casualmente orientado de atos de disposição de direitos fundamentais”.⁴⁸³

Cumprirá ao tribunal superior, em conclusão, lidar com os marcos temporais e subjetivos para estabelecer *desde quando e a quem* o precedente novo (= a regra nova) deverá ser imposto em caso de reversão (*overruling*), do mesmo modo que assim fará no momento em que se deparar com feitos que exijam a redução da força declaratória *ex tunc* do precedente judicial, sem prejuízo, conforme já revelado atrás, de deixar essa tarefa para ser objeto de discussão incidental no plano concreto de processos judiciais futuros.⁴⁸⁴

4.3.3. Regulamentação regimental e participação popular.

O art. 882, § 2º, do Projeto do novo CPC dispõe que os regimentos internos dos tribunais superiores preverão as formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

O estabelecimento de normas regimentais é uma *função atípica dos tribunais*,⁴⁸⁵ logo, de caráter excepcional, que deve ser exercida dentro das limitações e com cautelas para não ferir mandamentos previstos na lei federal e na Constituição. Legisla-se, então, a título meramente subsidiário e com vistas ao caráter procedimental dos feitos, *interna corporis*. Editado com tal balizamento, ao Regimento Interno confere-se um *caráter normativo próprio*, embora não possa ser equiparado a *lei* em sentido estrito, a semelhança do que ocorria no sistema constitucional anterior.⁴⁸⁶

A regulamentação que se procura instituir a mando do art. 882 do CPC projetado visa disciplinar, assim, *critérios procedimentais* para a revisão da jurisprudência,

⁴⁸³ *Op. cit.*, p. 493.

⁴⁸⁴ “Assim, quando a própria decisão modificadora não puder dar conta da variedade de situações eventualmente existentes e a decisão judicial relativamente a um processo em curso quando da ocorrência da modificação jurisprudencial também não puder (por razões materiais ou processuais) avaliar a existência de atos concretos de disposição baseados na decisão modificada, outros instrumentos serão encontrados” (cf. Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 494).

⁴⁸⁵ Cf. Berenice Soubhie Nogueira Magri, “O Papel Decisivo dos Regimentos Internos”, in *Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 1997, p. 68.

⁴⁸⁶ V., ainda, Berenice Soubhie Nogueira Magri, *op. et loc. cit.*, p. 72. Cândido Dinamarco alude aos regimentos internos esclarecendo tratar-se do “autogoverno do Poder Judiciário”, salientando serem tais regras *fontes formais do direito processual*, desde que, naturalmente, sejam *válidas*, i.e., desde que observem as normas de processo e as garantias processuais das partes; assim, salienta o Prof. Dinamarco, é necessário que os regimentos internos guardem obediência a tudo quanto consta do Código de Processo Civil (v. Instituições, *op. cit.*, p. 83-84).

objetivando a participação popular, por meio da oitiva de órgãos de classe na condição de *amicus curiae*. Esse *amplo diálogo* do órgão judicial com a sociedade em relação à mudança da jurisprudência é deveras necessário para estabelecer *reflexões críticas* sobre a oportunidade da virada que se procura efetivar, como também, uma vez decidindo por esse caminho, conhecer seus reais *impactos*.

Com efeito, similarmente ao que se passa no âmbito do direito constitucional, em matéria de interpretação legal tem-se salientado a necessidade da co-participação popular como meio de auxiliar os juízos dos tribunais, pois “*quem vive a norma acaba por interpretá-la*”, de maneira que é impensável o entendimento da Constituição (e em sentido mais amplo, *das leis do país*) sem a presença do “cidadão ativo”,⁴⁸⁷ posto que representado por órgãos de classe. A *pluralidade da interpretação legal* é um dos caminhos estruturados a fim de que o tribunal superior possa, a partir daí, decidir com razoabilidade e visando ao bem comum.

Portanto, na estruturação regimental do *overruling*, a atenção deve voltar-se a permitir uma completa participação popular, facultando que órgãos de classe e representantes do povo peticionem ao tribunal superior, seja para (a) requerer a mudança de uma jurisprudência que não se mostra consentânea com aspectos jurídicos, sociais, econômicos ou políticos, seja para (b) participar do processo de mutação dos precedentes, quando este vier a ser instaurado.⁴⁸⁸

A propósito, bem se vê que há *duas fases distintas* na apreciação do tema: (i) a primeira está relacionada à provocação fundamentada da alteração do precedente, que pode ser instaurada pela via da participação popular (i.e., externamente) ou *ex officio*,⁴⁸⁹ mediante provocação dos órgãos do próprio tribunal superior (i.e., internamente), enquanto a segunda fase (ii) cuidará da manutenção ou alteração da jurisprudência consolidada. A este segundo momento, pensamos, só se chegará na ocasião em que o tribunal estiver devidamente convencido sobre a oportunidade de discutir a revisão de certa orientação.

⁴⁸⁷ São as conhecidas ideias de Peter Häberle, expostas em sua tese: *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*, trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 13 e 14.

⁴⁸⁸ Segue-se aqui procedimento similar àquele do STF que disciplina o processamento de proposta de edição, *revisão* e cancelamento de súmulas, objeto da Resolução 288, de 05 de dezembro de 2008.

⁴⁸⁹ Como revela o Professor José Rogério Cruz e Tucci, “pela ótica da segurança jurídica, *qualquer* divergência de entendimento dentro de um mesmo tribunal passa a ter interesse público” (*Precedente, cit.*, p. 264), de forma que a divergência da jurisprudência antiga, com muito mais razão, ensejará a manifestação *ex officio* do tribunal sobre o tema – efeitos do *overruling*.

A participação popular de que trata o art. 882 do Projeto irá trazer, ademais, *elementos concretos* para o tribunal superior refletir melhor sobre os impactos da sua nova decisão em resolvendo alterar sua jurisprudência pacificada. Nada melhor que as associações de classe e os representantes do povo em geral para opinar sobre a *confiança depositada* em determinados precedentes, *provando* que com base neles foram consolidados atos da vida civil que devem ser eximidos dos efeitos retroativos do novo entendimento.⁴⁹⁰

Dentro da regulamentação regimental deve-se inserir também mandamento acerca do quorum necessário e do órgão internamente competente para transformar a jurisprudência. No STJ, isso guarda extrema importância, porque a interpretação de leis que incumbe às várias Seções (v.g., *direito processual civil*) somente será pacificada, em certas ocasiões, quando apreciada pela *Corte Especial*. Sugere-se, à guisa dessa regulamentação, que, independentemente do órgão do qual emana a jurisprudência revisitada (Turma ou Seção), havendo pedido de revisão (externo ou interno), que este seja processado junto ao plenário ou órgão máximo do respectivo tribunal superior.

As “fórmulas” adotadas para restringir o espectro consequencial da decisão modificadora poderão ser igualmente especificadas no Regimento Interno, pois o art. 882 do Projeto do novo CPC alude ao tema de forma ampla, ao disciplinar que “*pode haver modulação dos efeitos da alteração*”. Entretanto, pudemos ver nos capítulos acima, as mais variadas técnicas intertemporais e de eficácia subjetiva – para limitar os efeitos da decisão a determinados grupos de pessoas – dependem sempre de uma séria *análise casuística*, sendo impossível prever com antecedência qual moderação utilizar para os inúmeros tipos de reviravolta, cada um com uma particularidade (a retroação plena que eventualmente possa ser adequada ao um precedente tributário não será aconselhável em relação à matéria processual civil, e assim por diante).

De mais a mais, coerentemente com o que defendemos no Capítulo 4.3., o tratamento da matéria no Regimento Interno não poderá se restringir apenas aos casos de revisão de jurisprudência; *é preciso aqui aproveitar o ensejo para disciplinar igualmente os casos de modulação de julgados que não impliquem revisão de precedentes*, à

⁴⁹⁰ E isto porque, como temos enfatizado no decorrer da tese, a confiança deve ter sido colocada em prática, isto é, “não se protege a esperança, nem a confiança abstrata, mas, apenas, o exercício da confiança, isto é, os atos concretos de disposição dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade”, de forma que, para fazer jus à modulação, “o particular deve ter praticado atos concretos em razão em razão da ‘decisão modificada’, como efetivar um investimento, assinar um contrato, deixar de efetuar um depósito judicial, deixar de pagar um tributo – e assim por diante” (v. Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 490).

semelhança daqueles que resultam em puro juízo de legalidade, nos termos do que estamos reafirmando.⁴⁹¹ Afinal, podendo o tribunal moderar os efeitos externos do “julgado novo” que revoga sua jurisprudência, com base em princípios constitucionais, *a fortiori* está habilitado a adotar o método em casos outros, desde que, é claro, demandem essa excepcionalidade: o reconhecimento do poder-dever do tribunal superior restringir a eficácia de seu aresto no *overruling* significa o reconhecimento de que tal limitação pode ser inclusive considerada *em todas as demais circunstâncias* que estejam a gerar a mesma ordem de problemas, quais sejam, o impacto do resultado da decisão-precedente no interesse social e na segurança jurídica. Por conseguinte, aconselha-se que o Regimento Interno fixe regra para as hipóteses nas quais o tribunal superior, cuidando de pura interpretação judicial (*casos inéditos*), possa também modular o julgado; nesta situação, a questão “relativização dos efeitos” deverá ser submetida ao *plenário* para exame da sua oportunidade e cabimento, fórmula que melhor resolveria eventuais conflitos *interna corporis* e traria maior segurança jurídica (isso pelo menos afastaria o risco de uma turma modular de uma forma e a outra de modo diverso).

4.3.4. Propostas de alteração do art. 882 do Anteprojeto no processo legislativo: relatório da Câmara dos Deputados.

A dificuldade de discorrer sobre textos processuais que se encontram em um ambiente de intenso debate legislativo será cada vez maior na medida em que as propostas sobre eles se avolumam, a partir da apresentação de *novas redações* sugeridas pelos mais diversos setores da sociedade e, em particular, pelos doutos juristas.

O Anteprojeto do CPC, originário do Senado, foi submetido à Câmara dos Deputados para análise legislativa, tendo sido o Deputado Sérgio Barradas, do Partido dos Trabalhadores, indicado seu Relator. Entrementes, o Deputado Barradas foi substituído em razão da cessação de seu mandato de suplente, mas retornou ao cargo logo depois e reassumiu o encargo da rever o Projeto-CPC. No dia 7 de novembro de 2012, o Deputado Barradas apresentou *relatório final de atividades* com alterações no texto originário do Projeto, para discussão e votação na respectiva comissão da Câmara, as quais estavam previstas para *fevereiro de 2013* ao tempo da finalização desta tese.

⁴⁹¹ Já dissemos e reafirmamos aqui que não há sentido em permitir que a *jurisprudência velha* gere efeitos e não permitir que uma lei federal produza também seus efeitos válidos enquanto durou. Tanto faz, é a nova jurisprudência que ditará as regras, a partir de sua edição, pouco importando se ela modificou uma norma contida em uma “lei federal” ou em uma “interpretação judicial de uma lei”; em ambos os casos, havendo invalidação (da lei ou do precedente), poderá o tribunal decidir preservar os efeitos passados gerados por esses atos (lei ou precedente), desde que evidentemente haja pressupostos específicos para tanto.

No relatório do Deputado Sérgio Barradas apresenta-se alterações ao originário art. 882 do projeto do Novo CPC (agora renumerado como arts. 507 e 508), nestes termos:

“Seção III

Da eficácia do precedente judicial.

Art. 507. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

Art. 508. Para dar efetividade ao disposto no art. 507 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os juízes e os tribunais seguirão a súmula vinculante, as decisões proferidas em assunção de competência, em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes do plenário do tribunal, ou órgão especial, onde houver, e a dos órgãos fracionários superiores, nesta ordem;

V – na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos III e IV do *caput* deste artigo, a mudança de entendimento sedimentado poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de competência originária do tribunal, observado, sempre, o disposto no inciso V do *caput* deste artigo.

§ 3º O efeito previsto nos incisos II, III, IV e V do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes dos acórdãos adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo:

I - os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo;

II - os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.

§ 5º O precedente dotado do efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

§ 6º. Os tribunais deverão dar publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente por meio da rede mundial de computadores.

O relatório apresentou à guisa de *justificativa* do texto dos referidos arts. 507/508 as seguintes proposições:

“O art. 882 do projeto é um dos mais importantes dispositivos deste Código. Pode-se dizer que é um dos seus pilares. O texto é bom, de acordo com o pensamento atual sobre o tema, mas merece alguns aperfeiçoamentos. Primeiro, é preciso deixar claro que o tribunal tem o dever de uniformização e o dever de velar pela estabilidade da jurisprudência. A locução adverbial ‘sempre que possível’ não deve ser posta, isto porque qualquer dever somente pode ser cumprido ‘sempre que possível’; colocar a locução é dar um pretexto para que o tribunal não uniformize ou não cuide da estabilidade da sua jurisprudência. É preciso, ainda, deixar claro que o dever de reforçar a motivação nos casos

de revogação da jurisprudência é imposto a qualquer tribunal, não apenas aos tribunais de grau jurisdicional final e ao STF. Afinal, a decisão de qualquer tribunal pode possuir eficácia vinculante. Assim, também é de *qualquer* tribunal o dever de definir a modulação dos efeitos nestes casos. Porque o reconhecimento da força normativa da jurisprudência é algo mais ou menos recente em nossa história, elogia-se o caráter didático do texto. Exatamente por isso, convém acrescentar mais três parágrafos, para que se esclareça o que possui eficácia vinculante, o que não possui e como se pode fazer o *distinguishing*. Com isso, fecha-se o regramento dos institutos fundamentais do sistema de precedente: *ratio decidendi* (§3º), *obiter dictum* (§ 4º), *distinguishing* (§ 5º), *overruling* (inciso VI e §§ 1º e 2º) e eficácia vinculante do precedente (incisos II, III, IV e V)”.

Sobre o texto acima entendemos interessante apresentar observações pontuais, diante dos nossos comentários anteriores sobre as modificações almejadas pelo Projeto acerca da técnica de modulação constante do originário art. 882.

Com efeito, o *caput* do art. 882 do Projeto prevê de que a jurisprudência deve ser enunciada em súmulas “*sempre que possível*”. A exclusão dessa expressão no inc. I do art. 507 do relatório em questão não nos parece ter muita importância, pois, indubitavelmente, não sendo *possível* (em razão, por exemplo, de número insuficiente de paradigmas), súmula alguma será editada. Já o *caput* do art. 508 do relatório coordenado pelo Dep. Barradas acrescenta ao texto legal os princípios que norteiam a adoção de precedentes, disciplinando que as disposições contidas em seus subseqüentes incisos “*devem ser observadas*”, o que visa nitidamente deixar clara a instituição da *vinculação* a precedentes jurisprudenciais.

De fato, a análise dos incisos II, III e IV do art. 507 deixa assente a *instituição da jurisprudência vinculante para todos os tribunais do país*, não só às suas súmulas, como também à sua jurisprudência ditada pelos respectivos plenário e/ou órgãos fracionários.

A inclusão do *precedente obrigatório* é uma sugestão bem-vinda, objetivando resolver o problema da morosidade e contribuir para estabilidade jurídica; todavia, pelo menos neste momento, seria interessante ficasse reservada a técnica aos precedentes advindos dos tribunais superiores, em razão da sua função de último intérprete. Cabe ponderar, nesse aspecto, que a previsão de vinculação de precedentes em sede de lei

ordinária ensejará questionamentos alusivos à *constitucionalidade formal*, diante da corrente que defende que o tema deve ser regulado na Constituição, via emenda.⁴⁹²

Quanto à modulação no caso de *overruling*, o inciso V do relatório ora examinado ressalta que os tribunais *poderão* modular suas respectivas decisões. De fato, há realmente de ser facultativa a flexibilização da eficácia dos precedentes, pois ela, mesmo no *overruling*, decorre sempre de um exame casuístico. Assim, muitas vezes será inevitável manter a retroação de uma orientação nova quando ela superar uma antiga, juridicamente defasada ou absurdamente ilegítima (para argumentar, pense-se em uma jurisprudência processual defensiva ou em um entendimento que implique confisco tributário). Por isso, nesse ponto o texto Barradas anda bem. Todavia, ao estabelecer que a modulação poderá ser praticada indistintamente *por todos os tribunais pátrios*, inclusive tribunais de justiça e tribunais regionais federais, comete um *excesso* que, em nosso ver, pode gerar *muita instabilidade*. Com efeito, conforme pontuamos no Capítulo 3.4.8 *supra*, os precedentes dos tribunais ordinários, que sempre podem ser suplantados pelos arestos dos tribunais superiores – a quem cabe dar a última palavra em termos de interpretação legal e constitucional –, via de regra não podem induzir “confiança legítima” e, desse modo, é difícil imaginar algum caso de modulação necessária, mesmo em hipótese de reviravolta. Nessa primeira fase de reestruturação do direito jurisprudencial brasileiro, talvez seja melhor manter a vinculação de precedentes e a modulação restrita aos precedentes oriundos do STF e STJ.

Com relação à indicação da “forma” de temporalizar a decisão, ao aludir, o inciso V do art. 508, à “*limitação de retroatividade*” ou “*atribuição de efeitos prospectivos*”, acaba por restringir algo que, a rigor, não pode ser restringido. Melhor seria deixar claro no texto que a “forma de modulação” fica a critério do tribunal, para que ele possa lidar com todas as consequências em potencial do *overruling*, estabelecendo, *v.g.*, reajustamentos que não sejam apenas *temporais*, para excluir da incidência um determinado grupo de pessoas ou de processos; evitar uma determinada consequência processual (extinção de processos em curso por carência de ação) etc..

O § 1º do texto apresentado pelo relatório Barradas⁴⁹³ diz respeito ao dever de fundamentar o *overruling*, aludindo a princípios protetores daqueles que se fiaram na

⁴⁹² Como a jurisprudência vinculante se cuida de inovação que colide com nosso sistema jurídico-político, segundo o qual *apenas a lei tem força obrigatória geral*, entende-se que a matéria tem cunho constitucional e, sendo assim, precisa estar devidamente definida na CF (cf. Rodolfo Mancuso, *Divergência Jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 314).

jurisprudência antiga, como forma de impor a reflexão do tribunal sobre a pertinência da sua reconsideração. Aqui, nos parece que o ideal seria, em vez de o texto utilizar a expressão “considerando”, adotar uma outra que fixe a ideia no destinatário da norma de que tais princípios (da segurança jurídica, da confiança e da isonomia) devem ser sopesados via adoção do princípio da proporcionalidade no momento crítico da revisão jurisprudencial.

O § 2º do inc. V do art. 508 do relatório Barradas diz respeito ao rito procedimental para se elaborar a alteração do entendimento sedimentado, que pode se dar incidentalmente, em qualquer processo, inclusive de competência originária do tribunal. Neste ponto, porém, cumpre notar que muitas vezes o tribunal, em um primeiro momento, pratica o *overruling* e não modula, para somente depois, provocado por novos recursos e incidentes fundados, resolver por bem aplicar uma relativização a sua nova jurisprudência, a exemplo do que ocorreu no STJ no atinente ao prazo para o Ministério Público recorrer (v. *infra*, Capítulo 5.3.3). Seria bom que o § 2º do art. 508 então disciplinasse a possibilidade de se manipular a eficácia da reviravolta *em um momento posterior*, quando o tribunal não o fizesse desde logo, incidentalmente, no processo de julgamento do recurso que lhe deu origem.

Já os §§ 3º e 4º do inc. V do art. 508 criam a *vinculação* aos chamados *motivos determinantes* do precedente (ou da súmula que lhe deu origem),⁴⁹³ o que poderá dar margem a problemas no tocante à aplicação prática dessa regra, mesmo com os esclarecimentos contidos nos incisos I e II do § 4º, na pretensão de conceituar *obiter dictum* e *ratio decidendi*.

Ora, a atribuição de vinculação aos chamados “motivos determinantes” (*ratio decidendi*) enseja um *rompimento radical* com o sistema brasileiro amparado na *civil law*, podendo, de fato, causar inúmeras dificuldades sistemáticas aos operadores do direito e, na contramão dos propósitos do Projeto do novo CPC, uma enxurrada de ações visando apenas discutir se o tribunal ou o juiz aplicou bem ou mal a jurisprudência dominante.

⁴⁹³ “§ 1º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia”

⁴⁹⁴ “§ 3º O efeito previsto nos incisos II, III, IV e V do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes dos acórdãos adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo: I - os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo; II - os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador”

Nessa fase talvez seja mais prudente editar uma regra *objetiva*, afastando a “vinculação” das razões determinantes. Aliás, neste sentido tem orientado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, diante do *problema da quantidade de demandas* que surgiriam se a Corte concedesse efeitos transcendentais também às razões de decidir, conforme revelam as pragmáticas considerações da Ministra Ellen Gracie no julgamento da Reclamação 3.014, textualmente: “Imaginem se, por exemplo, com esse alargamento do âmbito da reclamação que se propõe, com o número de ações diretas de constitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade que essa Corte já julgou, cobrindo praticamente todos os ramos do Direito, tivermos os fundamentos determinantes de cada uma dessas decisões ensejando o ingresso de novas reclamações. Preocupo-me, Presidente, com esse *efeito prático*”. E depois de ressaltar as diferenças culturais do sistema norte-americano para o brasileiro, aquele mais acostumado a aceitar decisões, complementou a Ministra Ellen Gracie: “o meu temor, Presidente, é que essa Corte abra de tal forma suas portas ao recebimento dessas reclamações, que, no futuro, tenhamos que comparecer ao Congresso Nacional para solicitar aos deputados e senadores que aprovelem alguma emenda que estenda o instituto da repercussão geral às reclamações também”.⁴⁹⁵

Dessa forma, insistimos, embora a tese que defensa a extensão da força vinculativa à *ratio decidendi* talvez possa ser interessante *no plano jurídico*, é possível que *problemas práticos sérios* advenham da sua implantação, notadamente nessa *fase de transição* na cultura de obediência aos precedentes judiciais.⁴⁹⁶ Em nosso ver, em termos de *doutrina de precedentes*, o relatório Barradas propõe uma *guinada radical*, de forma que o Brasil passará a ter um sistema quase que idêntico ao existente na *common law*, apesar de sua origem no direito codificado da *civil law* e das prescrições existentes no ordenamento a respeito de que a apenas a lei é fonte primária do direito nacional.

⁴⁹⁵ “1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. (...) 3. Reclamação julgada improcedente” (Rcl. 3014, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 10/03/2010, www.stf.jus.br).

⁴⁹⁶ Tratando do direito constitucional, o Professor Roger Stiefelmann Leal registra que “a determinação de quais considerações contidas na motivação da decisão proferida se enquadram na categoria de fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* constituiu uma das principais dificuldades enfrentadas na aplicação prática do efeito vinculante nos países que o adotam” (*O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, op. cit., p. 169). Ou seja, além da discussão difícil sobre a conveniência de se dar vinculação à *ratio decidendi*, diante do risco de problemas práticos (enxurradas de reclamações, como observado no voto da Ministra Ellen Gracie supra citado), há também a dificuldade de, uma vez definida a vinculação, saber o que é ou não motivo determinante. Aliás, como bem esclarece o Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP na mesma obra, “se a dificuldade se impõe em países onde a materialização da decisão consubstancia-se num parecer único, ela se agrava ainda mais ante a conformação das decisões proferidas no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal” (cf. Roger Leal, op. cit., p. 169).

O § 5º, por seu turno, disciplina o *distinguishing*, para permitir a renovação do precedente vinculante, o que, em tese, tampouco precisava constar do texto legal, pois a técnica da distinção é inerente ao livre exercício da própria jurisdição. Ademais, o texto peca em determinar a obediência ao precedente e, logo depois, facultar seu desrespeito mediante a distinção, fazendo uso de *regras abertas* (basta motivar de forma “racional” ou “convvincente”, diz o texto Barradas). Isto pode eventualmente resultar em frustração, arruinando o propósito do novel artigo que é *valorizar* a jurisprudência, de maneira que, entendendo-se necessário regular a técnica da distinção, será preciso fixar *mecanismos mais rigorosos* para que ela não se torne uma ampla válvula de escape aos juízes recalcitrantes para afrontar os precedentes dos tribunais, principalmente dos órgãos de cúpula.

No mais, ao dizer que os tribunais devem publicar seus precedentes na *internet*, o dispositivo Barradas traz ao CPC matéria que poderia muito bem ser resolvida *interna corporis* ou pelo próprio Conselho Nacional de Justiça - CNJ, administrativamente, com vistas a padronizar a divulgação de informações a esse respeito pelos diversos tribunais pátrios, mediante a utilização de uma só ferramenta, de fácil acesso.

Nesse ambiente de sugestões *de lege ferenda*, notamos faltar ao Projeto do novo CPC a disciplina de modulação das decisões no *juízo de legalidade e de interpretação*, conforme estamos a pontuar em diversos capítulos deste trabalho. O relatório do Dep. Barradas, neste ponto, perdeu a chance de corrigir a lacuna que poderá repousar sobre o texto do novo Código, podendo dar a (falsa) impressão de que modulação só haverá se e quando acontecer *ouerruling*.

4.3.5. Ainda sobre o Projeto do Novo CPC: a modulação proposta no art. 511, § 6º.

O art. 511 do Substitutivo do Projeto do novo CPC (Emenda nº 1) regulamenta, em seu § 5º, a chamada “*coisa julgada inconstitucional*”, reconhecendo a possibilidade de o juiz, em sede de impugnação à execução, rescindir ou desconstituir o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou fundado em aplicação de lei ou ato normativo considerados pelo STF incompatíveis com a Constituição em controle concentrado de constitucionalidade ou na ocasião em que a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal. Por sua vez, o § 6º, do mesmo artigo dispõe que “*no caso do § 5º, a decisão poderá conter modulação dos efeitos temporais da decisão em atenção à segurança jurídica*”.

A redação do § 6º em questão não é das mais precisas; a “decisão” mencionada no dispositivo em exame tanto pode ser aquela de inconstitucionalidade como a sentença de primeiro grau que julga procedente a impugnação do executado. Ao que tudo indica, o parágrafo está se referindo realmente a esta última, mesmo porque não haveria sentido em esclarecer a possibilidade de modulação no juízo de inconstitucionalidade praticado pelo STF por força do teor dos arts. 27 da Lei 9.868/99, 11 da Lei 9.882/99 e 4º da Lei 11.417/06, normas especiais que o Projeto CPC não se propõe a revogar.

Atenta a esse problema redacional, que poderá instituir uma “modulação da modulação” (i.e., o poder de o juiz de primeira instância modular a decisão do STF, mesmo contrariamente ao que este determinou a respeito), a Comissão de Processo Civil do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP apresentou, no final do ano de 2011, ao então Relator do Projeto do CPC na Câmara, Deputado Federal Sérgio Barradas, as seguintes impressões sobre o artigo em exame:

“A rigor, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é incumbência do STF, nos moldes do art. 27 da Lei n. 9.868/99 (Lei da ADIN) e art. 11 da Lei n. 9.882/99 (Lei da ADPF). Portanto, se for intenção do Projeto deixar a critério do juiz de primeiro grau definir se a decisão de inconstitucionalidade do STF deve ou não ser modulada, é preciso obtemperar que tal tarefa só poderá ser realizada caso o STF não tenha emitido juízo algum (positivo ou negativo) sobre o assunto, evitando a invasão da competência funcional e constitucional da Suprema Corte.⁴⁹⁷ Por fim, é preciso deixar expresso no § 6º que essa tarefa do juiz de primeiro grau é *excepcional*, pois, *tradicionalmente*, no sistema constitucional-processual brasileiro, as decisões de inconstitucionalidade operam-se com eficácia *ex tunc*, conforme sempre orientou a notória jurisprudência do STF”.

No relatório último apresentado pelo Dep. Sérgio Barradas, datado de novembro de 2012, houve o *esclarecimento* de que é realmente o efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal que será modulado, estando o parágrafo (no projeto revisado pelo Dep. Barradas, § 7º do inc. VII do art. 539, conforme a nova numeração), textualmente: “§ 7º *No caso do § 6º [que define a coisa julgada inconstitucional], os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica*”.

⁴⁹⁷ Na Suprema Corte norte-americana, conforme revela Tribe a partir da análise do julgamento *Harper v. Virginia*, a omissão do julgamento sobre o tema da modulação deve ser entendida como se ela não tivesse sido declarada, i.e., *no silêncio da Corte, entende-se que o precedente aplica-se com eficácia retroativa (ex tunc)* - v. *American Constitutional Law*, cit., p. 225-226.

Todavia, o dispositivo não cuida de aclarar se é realmente o juiz de primeiro grau, ao qual incumbe julgar a impugnação da execução fundada na coisa julgada inconstitucional, que poderá - ou não - agregar tal modulação ao precedente do STF e, ainda, em quais situações.⁴⁹⁸

Ora, a persistir essa redação do art. 511 do Projeto – reprisada no Relatório da Câmara elaborado pelo Deputado Barradas –, poderá haver um sério conflito de competência, porque, a rigor, somente ao STF cumpre a função de esclarecer se seu pronunciamento deve ou não ser temporalizado. Em outras palavras, entendemos que o juiz de primeiro grau está *proibido* de restringir a declaração de inconstitucionalidade quando a própria Suprema Corte decidiu em sentido contrário, mantendo os naturais efeitos *ex tunc* do pronunciamento, forte no princípio da supremacia da Carta. Mesmo “argumentos novos” das partes, aliás, não teriam o condão de permitir que o juiz revisitasse, por exemplo, a ordem denegatória da Suprema Corte em atribuir prospecções aos termos de sua decisão de inconstitucionalidade, em virtude da presunção que repousa sobre a análise completa de todas as questões de fato e de direito nas ocasiões em que o STF resolve conflitos no controle concentrado,⁴⁹⁹ regra que vale também “no controle difuso objetivado”. A possibilidade de os tribunais e juízos ordinários agirem de outro modo, resolvendo sobre a oportunidade de atribuir limitações ao *decisum* do STF, apenas poderá ser cogitada, *em caráter de exceção*, se desse modo a Suprema Corte expressamente tiver deliberado, em razão de não dispor de dados objetivos para julgar a matéria no plano abstrato (hipótese esta que, convenhamos, embora possível, é muitíssimo rara), ou havendo *omissão completa* do STF a respeito da adição de limitações temporais ou subjetivas ao seu aresto (e mesmo assim, recomenda-se ao juiz de primeiro grau *muita cautela* em termos de fundamentação constitucional da sua sentença nesse sentido).

Afigura-se, destarte, inconveniente cogitar uma “*modulação da modulação*”, como se tem falado nos ambientes acadêmicos, no cerne dos quais se tem estudado o artigo polêmico. Vale frisar: se o STF deliberadamente não quis prospectar o *decisum*, o juiz nada

⁴⁹⁸ Está equivocada também a menção à modulação “*no tempo*”, já que, como dito, a modulação pode ser para excluir algumas partes dos efeitos da decisão ou mesmo para ajustar alguns de seus consectários práticos; quando isso é feito, o ajustamento não é meramente “temporal”.

⁴⁹⁹ É a chamada *causa petendi* aberta, conforme se infere de trecho desta ementa de julgado do STF: “É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, *seu julgamento independe da ‘causa petendi’ formulada na inicial*, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, argüição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor. *É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos* para eventual argüição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente Ação” (MC na ADI 1.896, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18/09/1999, www.stf.jus.br).

poderá fazer a respeito. Se modulou em um certo sentido, agregar outra modulação via sentença, em sede de impugnação em primeiro grau, é *interferência proibida*. Nos dois casos, portanto, se o juiz desrespeitar os contornos da decisão do STF, caberá Reclamação.

5. MODULAÇÃO DAS DECISÕES PROCESSUAIS.

5.1. Introdução.

Postas as premissas essenciais, podemos agora passar à defesa da tese no sentido de que a modulação das decisões se apresenta como de *técnica*⁵⁰⁰ utilíssima ao resguardo da segurança jurídica dos litigantes, ao permitir que a interpretação judicial sobre a lei de direito processual tenha seus efeitos relativizados em hipóteses excepcionais.

Nas ocasiões em que a matéria de fundo da decisão disser respeito a processo, é possível que o tribunal superior excetue a regra geral que impõe a retroatividade da jurisprudência e passe a admitir que aquela “regra” ditada pelo precedente só será aplicável aos feitos judiciais distribuídos depois da sua publicação, sem prejuízo, é claro, de outros tantos temperamentos que podem ser implementados a partir do exame das peculiaridades jurídicas e práticas de cada caso.

As razões que serão abaixo indicadas, a começar pela comprovação de que a modulação das decisões processuais já é empreendida na atualidade pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, embora este último sodalício o faça timidamente (i.e., sem reconhecer a sua aptidão jurídico-institucional para agir desse modo), estão voltadas a demonstrar que a técnica de manipulação da eficácia *externa* dos precedentes processuais está ao lado de outros institutos caros ao direito processual, já que visa permitir a concretização dos *escopos* do processo almejados pelo Estado.

Dessa forma, os efeitos da norma processual interpretada pelo precedente (i.e., *texto de lei processual interpretado*) põe-se em discussão sempre que afetar um enorme rol de causas pendentes, prejudicando o interesse dos litigantes, diante da criação de surpresas ou de empecilhos à concretização da *justiça processual e da pacificação social*. A instituição de um requisito recursal por meio de um pronunciamento judicial não pode ser obstáculo à análise do recurso interposto se o recorrente não tinha como prever que tal requisito seria jurisprudencialmente cogitado. Do mesmo modo, a revisão de uma jurisprudência que imponha, por meio de uma nova interpretação, a redução de um prazo processual, não deve

⁵⁰⁰ *Técnica*, aqui, no sentido processual, como instrumento predisposto ao operador do direito a fim de que o processo atinja seu *resultado primordial*, que é a “*pacificação dos indivíduos e grupos de indivíduos, eliminando conflitos mediante a realização da justiça*” (v., sobre o tema, Cândido Dinamarco, *Instituições*, op. cit., p. 61).

resultar em automática preclusão dos atos praticados com base no entendimento antigo que albergava prazo maior. Tais exemplos ilustrativos estão a demonstrar, indubitavelmente, que a melhor forma de se evitar essas discrepâncias e aberrações processuais é facultar a adoção da teoria da prospecção da força transcendente (externa) dos acórdãos dos tribunais constitucionais. É o que passaremos a expor a seguir.

5.2. Modulação das decisões processuais no Supremo Tribunal Federal.

5.2.1. HC 70.514/RS: o prazo em dobro para a Defensoria Pública.

O Supremo Tribunal Federal tratou pela primeira vez⁵⁰¹ de *questionar* a importância da modulação da abrangência de uma decisão sobre *matéria processual* ao examinar a constitucionalidade do prazo em dobro atribuído à Defensoria Pública, no julgamento do HC 70.514-6/RS, da relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgado no ano de 1994, antes da edição do art. 27 Lei 9.868/99, portanto. Na ocasião, o *principal problema* da declaração de inconstitucionalidade da lei do prazo em dobro consistia no fato de que a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul estava pessimamente mal-aparelhada, de forma que a lei que lhe concedia tal benefício (art. 1º, § 5º, Lei 1.060/50, acrescentado pela Lei 7.871/89), embora *inconstitucional*, tinha um propósito prático razoável. Os Ministros, à vista desse contexto, mesmo reconhecendo a incorreção constitucional na norma, relutaram em declarar sua nulidade *ex tunc*, porque – *ao menos subconscientemente* – entendiam que seriam nefastos os *efeitos processuais* dessa decisão, não apenas no caso concreto, mas em vários outros feitos em curso: os assistidos sofreriam com a *preclusão* das defesas e recursos apresentados no prazo maior.

Afirmou o Ministro Sydney Sanches, neste rumo, que não tinha, “ainda”, como declarar inconstitucional a norma questionada em virtude das referidas deficiências da Defensoria. Seu voto foi seguido pelo Ministro Moreira Alves, segundo o qual, à época, a única justificativa plausível para declarar a constitucionalidade da norma era realmente de *caráter temporário*, aproveitando o ensejo para lembrar as técnicas de prospecção da Corte Constitucional alemã, “no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias

⁵⁰¹ Antes disso, já em 1974, o STF já fazia – e era obrigado a fazer em prol da segurança jurídica – modulações incidentais (no plano concreto), admitindo a validade de atos praticados por oficiais de justiça nomeados com base em lei declarada posteriormente inconstitucional (a tese da validade dos atos praticados por “funcionários de fato”, que nada mais é do que um *contorno interpretativo* para manter a eficácia da norma inconstitucional ao tempo de sua edição). *Contra*, entendendo que isso não era modulação, pois “não foram, tecnicamente, casos de modulação exterior e anterior de efeitos proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, mas de conformação interna e posterior do próprio conteúdo de decisões no controle difuso de constitucionalidade (cf. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, op. cit., p. 518).

de fato, pode vir a ser inconstitucional”, para concluir, adiante, que, manter o dispositivo, “ainda que *si et in quantum*, é da maior valia para a administração da Justiça”, dando mostras da sua nítida preocupação com *os resultados* perigosos da inconstitucionalidade: “Ora, como fica a defesa dos pobres e necessitados que, como se sabe, são centenas e milhares de acusados no foro criminal, sem falar na vigência do patrocínio cível?”.

Havia, deveras, uma resistência em declarar a constitucionalidade de norma que, *no plano jurídico*, revelava uma incongruência, conforme, aliás, ressaltara o próprio Ministro Moreira Alves no início de seu voto, ao dizer que o prazo em dobro que se concede ao Ministério Público tem fundamento na multiplicidade da sua atuação e nos ônus processuais a ele impostos (acusação), nada disso aplicável às Defensorias.⁵⁰²

Seguindo essa trilha, o Ministro Carlos Velloso fez ponderações sobre a técnica de modulação do Tribunal Constitucional alemão, consistente “*na declaração de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade da norma*”, cuja aplicação inspirou a alternativa de ratificar a constitucionalidade do prazo dobrado, *se e enquanto* mantido o estado de deficiência da Defensoria do Estado do Rio Grande do Sul. Ao que se resignou com a solução aventada, afirmando: “na jurisdição constitucional alemã, é costume fixar prazo para que o legislador elabore norma adequada às novas circunstâncias, aos novos fatos. Aqui, entretanto, não poderíamos estabelecer prazo ao legislador, para que organize e ponha em funcionamento as defensorias, porque, infelizmente, a nossa tradição não é indicativa de bons propósitos por parte do legislador em atender apelos do Poder Judiciário. Então, não atendido, por parte do legislador ou do administrador, o que se lhe é exigido, o prejuízo seria dos necessitados, dos pobres, dos miseráveis. O espírito macunaíma, Sr. Presidente, é uma realidade neste país”.

A análise do debate travado neste referido HC 70.514/RS revela, em primeiro lugar, que, conquanto inspirados pelas técnicas de readequação de efeitos, o que o STF fez foi declarar a lei *constitucional*, mantendo írrito o prazo em dobro em prol da Defensoria Pública, diante da sua situação estrutural deficitária. Todavia, nos parece que a este acórdão só se chegou em virtude de um *receio dos efeitos externos* que a decisão de

⁵⁰² O Ministro Marco Aurélio, por seu turno, fez severas críticas à solução aventada nos votos anteriores – pela constitucionalidade enquanto durasse a precariedade da Defensoria – questionando se “pode a Corte simplesmente deixar de levar em conta essa igualdade com base em uma deficiência de um certo serviço a ser prestado pelo Estado, com base na circunstância de o Estado não estar organizado para cumprir o que lhe é imposto pela Carta de 1988?”. E a seguir ressaltou que a solução propugnada no voto do Ministro Sanches propiciaria ainda a quebra da unidade nacional, por permitir prazos diversos para as Defensorias Públicas nacionais, dependente de uma circunstância prática de difícil aferição.

inconstitucionalidade causaria ao sistema; quer dizer, apesar da visível *antipatia* pelo conteúdo da norma em análise (prazo em dobro à Defensoria), os Ministros⁵⁰³ procuraram optar por um *meio-termo* para contornar o colapso que a repercussão da nulidade *ex tunc* da norma ensejaria no plano do ritual do processo. Ou seja, não se chegou a uma modulação propriamente dita, da forma como ela hoje se efetiva, mas é inquestionável que houve neste caso a *tentativa* de se lidar com os reflexos caóticos da anulação de uma norma inconstitucional de natureza *processual*.

5.2.2. Inq. 687-4: o *overruling* da Súmula 394 sobre foro privilegiado.

Pouco antes da edição da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal foi instado a limitar as repercussões de uma reviravolta pretoriana no *direito processual* (penal). Nos termos do que vimos no início desse estudo, no julgamento do Inquérito 687-4, o STF decidiu revogar a Súmula 394, para passar a entender – isso em meados de 1999 – que uma melhor interpretação da CF/88 revelaria a inexistência de foro privilegiado à autoridade que não mais se encontrasse no exercício do mandato.⁵⁰⁴ Houve então a proposta de revogação da Súmula e, ao mesmo tempo, a preocupação com a *nulidade dos julgamentos anteriores* efetivados pelo STF com base nela, razão pela qual o Ministro Sydney Sanches propôs em seu voto – no que foi acompanhado pela unanimidade – a ressalva no sentido de que *os julgamentos pretéritos deveriam ser ratificados*. Era a primeira vez que o STF, no cerne de um *overruling*, modulava uma decisão interpretativa acrescentando a ela um limite temporal, para determinar que ela valeria a partir daquela data (*ex nunc*).

O Ministro Néri da Silveira também enfatizou o problema de cessar, a partir da revogação da Súmula 394, a *competência* do Supremo para julgamento das autoridades destituídas do mandato, pois “todos esses processos, que iniciaram na vigência da Constituição de 1988, estavam tramitando perante juiz [STF] incompetente e, se assim ocorre, se a denúncia foi apresentada pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal que era incompetente, a consequência inafastável é que esses processos *são nulos por incompetência do juízo*”. Os resultados drásticos do *overruling* – externados pontualmente no voto do Relator – também foram apreciados pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao notar que “o mérito é tão relevante que minha pesquisa mostrou que se está a *derrubar uma jurisprudência de 157 anos*”; “estamos, pela primeira vez, analisando esse problema decorrente de uma virada de jurisprudência tão vetusta”, no que

⁵⁰³ Salvo o Min. Neri da Silveira, que entendia constitucional a norma, sem distinção alguma sobre a estruturação das Defensorias.

⁵⁰⁴ Inquérito 687-4, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25/08/99, www.stf.jus.br.

segiu, o Ministro Pertence, lembrando o famoso caso *Linkletter v. Walker*, oportunidade na qual a Suprema Corte dos EUA decidiu mitigar caso a caso a repercussão *ex tunc* de seus julgados, para concluir seu voto dizendo: “não tenho dúvidas em acompanhar o em. Relator para assentar que – não obstante a virada da jurisprudência – mantêm válidos não só os julgamentos praticados nos processos em andamento, que se remeterão, no estado em que se encontrem, aos juízos aos quais, segundo a nova orientação, tocar seu processamento”.

5.2.3. ADI 3.022/RS: assistência judiciária ilegítima.

Na ADI 3.022/RS,⁵⁰⁵ a matéria de direito processual foi novamente colocada em pauta, em virtude do teor do art. 45 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, segundo o qual o servidor público processado no cumprimento regular de suas funções terá direito à assistência judiciária do Estado. Argumentou-se que a referida assistência judiciária é restrita àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos, nos termos do art. 134 c/c art. 5º, LXXIV, da CF/88, de maneira que a regra estadual em discussão estaria eivada de vício de inconstitucionalidade.

O voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, julgou procedente a ação e, em seguida, ponderou a necessidade de modulação *in abstracto*, preocupado com a “gravidade dos prejuízos eventuais decorrentes da nulidade *ex tunc* da norma”, principalmente porque “com base nas normas impugnadas, já foi efetuada a defesa de servidores estaduais”.

A solução aventada pelo Ministro Relator não suscitou grandes debates; o Ministro Marco Aurélio votou *contra* a modulação, reafirmando seu entendimento segundo o qual deve ser excepcional a adoção de tal fórmula; o Ministro Cezar Peluso fez observação de ordem prática para defender a restrição da declaração pura de inconstitucionalidade, anotando a *dificuldade da contratação de novos advogados* para se inteirar dos casos que seriam deixados pela Defensoria; já o Ministro Sepúlveda Pertence alertou para o risco de *reversão processual* das defesas feitas ilegitimamente pelos Defensores, indagando se “o fato de alguém ter sido absolvido com o patrocínio da Defensoria Pública, declarada a inconstitucionalidade dessa atribuição, o réu não teria de recolher-se à prisão?”.

A verdade é que ao final restou vencedora a proposta do Ministro Relator de prospectar a decisão (para o futuro), salvaguardando as situações passadas, em benefício da

⁵⁰⁵ ADI 3.022-1/RS, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, m.v., j. em 02/08/2004, www.stf.jus.br.

segurança jurídica; com tal solução, portanto, ficaram *legitimados os efeitos processuais e jurídicos das defesas* elaboradas pelo órgão ilegítimo, evitando conjecturas em vista dos vícios de representação processual nos diversos feitos em que a Defensoria atuou.

5.2.4. CC 7.204-1/MG: *overruling* sobre a competência absoluta para a ação de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho.

A Suprema Corte voltou a discutir os reflexos de seus pronunciamentos no Conflito de Competência 7.204-1/MG, Relator o Min. Ayres Britto, que tratava de *interpretar* os arts. 109 e 114 da Constituição Federal, com o fulcro de delimitar a *competência jurisdicional* para ação de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho.⁵⁰⁶ Os Ministros, depois de longo debate, resolveram por reconsiderar a jurisprudência antiga da Corte sobre o tema, praticando um *overruling*, e, com o novo julgamento, entender que as causas de acidente do trabalho deveriam ser julgadas perante a Justiça do Trabalho, e não mais perante a Justiça Comum.

Todavia, a reviravolta causaria um problema sério: reconhecendo o STF a competência *absoluta* da Justiça do Trabalho, todas as causas que tramitaram junto à Justiça Comum sofreriam os impactos dessa nova interpretação, impondo a *anulação* de atos processuais e sentenças, inclusive com sujeição dos feitos findos que se tornaram, passíveis de anulação via ação rescisória (art. 485, II, CPC⁵⁰⁷). Instaurar-se-ia, desse modo, o *caos processual*, em prejuízo da segurança jurídica de inúmeros litigantes hipossuficientes (acidentados).

Por isso, em meio às discussões sobre o tema de fundo, o Ministro Sepúlveda Pertence chamou a atenção para as consequências da retratação praticada pela Corte Suprema, pontuando:

“Agora, preocupa-me o problema intertemporal. Vamos decidir assim, em recurso extraordinário, mesmo em casos anteriores a emenda constitucional? Vejam bem: alguns Tribunais de Alçada mudaram a sua orientação em face da nossa jurisprudência anterior, que afirmava, na hipótese, a competência da Justiça comum estadual. Realmente me angustia, em ações do tipo ‘acidente do trabalho’, *destruir, em recurso extraordinário, todo um processo feito para fazer tudo recomençar*, quando se seguira a orientação

⁵⁰⁶ CC 7.204-1/MG, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29/06/2005, Dj 09.12.2005, v.u., www.stf.jus.br.

⁵⁰⁷ “Art. 485. A sentença de mérito transitada em julgado, pode ser *rescindida* quando: (...) II – proferida por juiz impedido ou *absolutamente incompetente*”.

jurisprudencial do Supremo ao tempo. Então, embora não tenha objeções – aqui, revendo minha convicção anterior – de que, mesmo anteriormente à EC 45 [2004], caberia decidir pela competência da Justiça do Trabalho, estou em que se *há de evitar que nossa viragem jurisprudencial de hoje atinja os processos anteriores* em que se haja observado o nosso entendimento de então”.⁵⁰⁸

A alternativa adotada pelo Supremo Tribunal Federal, dessa forma, considerou os problemas aventados resultantes da reforma de uma jurisprudência antiga, *impondo que a interpretação da CF viesse adicionada de uma cláusula de intertemporalidade*, segundo a qual (i) os processos já julgados (i.e., sentenciados no mérito) antes da edição da EC 45 continuariam na Justiça Comum, inclusive sua execução e (ii) os processos pendentes de julgamento (ajuizados antes da EC 45) seriam remetidos à Justiça do Trabalho no estado em que se encontram, sem qualquer declaração de nulidade de atos em razão da questão da competência e dos ritos processuais diversos. Para uma melhor análise, ementa desse julgado merece inteira transcrição:

“1. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça Comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como *imperativo de política judiciária* -- haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa --, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. *A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em*

⁵⁰⁸ O Ministro Eros Grau, na mesma toada, também manifestou preocupação com a transição da regra jurisprudencial de competência: “Quero, ainda, lembrar o fato de que na Primeira Turma, quando se decidiu esse caso, havia uma preocupação muito grande no sentido de *não tornar nulo um longuíssimo processo*”.

*julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho”.*⁵⁰⁹

5.2.5. HC 82.959-7/SP: *overruling* do regime de execução de penas nos crimes hediondos.

A questão sobre os reflexos processuais da decisão do Supremo Tribunal Federal teve de ser enfrentada no HC 82.959-7/SP, também alusivo a uma reviravolta de entendimento.⁵¹⁰ Aqui, o STF resolveu retratar sua interpretação anterior que vedava a progressão no regime de cumprimento de penas nos chamados *crimes hediondos*, passando a admiti-la, com a consequente declaração de *inconstitucionalidade* do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. O novo precedente, assim, deu azo a reflexões a respeito da radical alteração no tocante à *execução das penas* com base nos julgados antigos da Corte. Que direitos teriam, afinal, os condenados que cumpriram pena em regime fechado além do limite ? Indenizar todos eles, impondo vultosíssimos reflexos aos cofres públicos ?

Cuidando dos efeitos do *overruling* em sede de interpretação constitucional, o Ministro Gilmar Mendes pode demonstrar – acompanhado por outras tantas percucientes manifestações dos demais Ministros – a dificuldade de se lidar com a chamada “mutação

⁵⁰⁹ Essa decisão acima depois veio a ser consubstanciada na Súmula Vinculante 22: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra Supremo Tribunal Federal empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04”.

⁵¹⁰ HC 82.959-7/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006, www.stf.jus.br.

constitucional”, que obriga que o tribunal exerça a constante revisão de seus julgados, pois o ato de interpretar nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo à ordem pública (Häberle). Nesses casos, o Supremo Tribunal não pode simplesmente “fingir que sempre pensara dessa forma” e, naturalmente, deve ceder à necessidade de atualização da norma porque mudou também sua valoração. É fato que o Tribunal está obrigado a lidar com as consequências de seu novo pronunciamento, fazendo uso de “*efeitos limitadores*”, para ressaltar os casos já decididos ou os casos pendentes de decisão até determinado momento, disse ainda o Ministro Gilmar Mendes, para, enfim, colocar o tema: “Eu parti da premissa (...) no sentido de que declaramos essa lei inicialmente constitucional – não há dúvida em relação a isso –, e muitas penas se extinguíram segundo esse regime. A Constituição cogita de responsabilidade civil do Estado, ou por erro judicial, ou por prisão excessiva, até mesmo. É uma das hipóteses claras de responsabilidade civil do Estado, por conta desse aspecto. Daí eu ter ressaltado que o efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão”.

Assim, lastreado em tais elementos, o STF decidiu revogar o entendimento que até então validava a vedação à progressão da pena, passando a considerar inconstitucional esse tipo de restrição, inclusive aos crimes hediondos, *salvaguardando, porém, alguns efeitos das execuções penais* efetivadas com base na regra anteriormente interpretada, desse modo: “a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”.

5.2.6. ADI 3.819/MG: investidura de defensor público sem concurso.

Em julgamento iniciado em outubro de 2007, o Supremo novamente foi instado a enfrentar as consequências de uma interpretação de *direitos processuais constitucionais*. Tratou-se da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.819/MG contestando uma lei estadual que permitiu a investidura de servidores estaduais na carreira de Defensor Público Estadual *sem concurso público*, a qual foi julgada procedente.⁵¹¹

⁵¹¹ Assim está parte da ementa: “1. Os preceitos objeto da ação direta de inconstitucionalidade disciplinam a forma de investidura e provimento dos cargos da carreira de Defensor Público Estadual. 2. Servidores estaduais integrados na carreira de Defensor Público Estadual, recebendo a remuneração própria do cargo de Defensor Público de Primeira Classe, sem o prévio concurso público. Servidores investidos na função de Defensor Público, sem especificação do modo como se deu a sua investidura, e ocupantes dos cargos de

O Ministro Eros Grau sugeriu ponderar tal decisão de inconstitucionalidade preocupado com seus resultados extra-autos, já que ela poderia ensejar o repentino esvaziamento da Defensoria local, *prejudicando a defesa dos mais necessitados*, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia, que também ressaltou o risco de “colapso” do órgão. Manifestações contrárias incisivas do Ministro Cezar Peluso foram trazidas para denegar a eficácia *ex nunc*, pautadas no perigo de incentivar a nomeação inconstitucional de servidores públicos, na expectativa de que amanhã ou depois o Supremo venha a referendá-las em dado período. Não obstante, restou vencedora em favor do “*princípio da universalização da Justiça*”, conforme colocado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, apontando indispensável a modulação *in casu*; neste sentido, deliberou a maioria que a decisão de inconstitucionalidade geraria efeitos prospectivos após 6 (seis) meses contados da data do julgamento, prazo durante o qual um concurso público poderia ser realizado pelo Estado para preencher a lacuna resultante do afastamento de tais funcionários.

5.2.7. ADI 2.970-0: inconstitucionalidade de Portaria do TJ/AM sobre expediente forense.

Interessante discussão com relação aos efeitos processuais foi travada na ADI 2.970-0, cuja decisão declarou a inconstitucionalidade da Portaria 954/2001 do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, sobre o expediente de funcionários públicos que, por via de consequência, acabava também por restringir o *expediente forense*.⁵¹²

Preocupado com os consectários do *decisum*, o Ministro Cezar Peluso ponderou: “penso que o Tribunal teria de fixar a eficácia dessa decisão, para que não se vá anular eventualmente ou *dar pretexto para anular qualquer ato praticado*. A meu ver, a eficácia teria de ser *ex nunc*”. As “nulidades” mencionadas pelo Ministro Peluso certamente são aquelas passíveis de atingir os atos processuais prejudicados com redução do expediente

Assistente Jurídico de Penitenciária e de Analista de Justiça. 3. A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia. 4. Não-cabimento da transposição de servidores ocupantes de distintos cargos para o de Defensor Público no âmbito dos Estados-membros. Precedentes. 5. A autonomia de que são dotadas as entidades estatais para organizar seu pessoal e respectivo regime jurídico não tem o condão de afastar as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta estipuladas na Constituição [artigo 25 da CB/88]. 6. O servidor investido na função de defensor público até a data em que instalada a Assembléia Nacional Constituinte pode optar pela carreira, independentemente da forma da investidura originária [artigo 22 do ADCT]. Precedentes. 7. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais o caput e o parágrafo único do artigo 140 e o artigo 141 da Lei Complementar n. 65; o artigo 55, caput e parágrafo único, da Lei n. 15.788; o caput e o § 2º do artigo 135, da Lei n. 15.961, todas do Estado de Minas Gerais. *Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir de 6 [seis] meses contados de 24 de outubro de 2007*” (ADI 3.819, Pleno, Relator Min. Eros Grau, j. em 24/10/2007, www.stf.jus.br).

⁵¹² ADI 2.907-0, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, m.v., j. 04/07/2008, DJ 29/08/2008, www.stf.jus.br.

forense, isto é, aquelas nulidades que resultem no *desfazimento de atos processuais* em virtude da alegação de *prejuízos* sofridos pelos litigantes com base em eventual cerceamento de defesa ou desobediência ao princípio do devido processo legal. Nestes termos e com essa fundamentação objetiva,⁵¹³ decidiu o STF preservar os atos realizados na vigência da referida Portaria.

5.2.8. ED na ADI 3.601/DF: nulidade de processo administrativo.

Em mais uma outra oportunidade, agora na apreciação dos Embargos de Declaração na ADI nº 3.601/DF,⁵¹⁴ o STF entendeu por bem restringir o conteúdo de seu *decisum*, para evitar que a sua retroatividade inquinasse *processos administrativos* terminados durante o período de aplicação da lei inconstitucional. Isto porque, como se tratou de declaração de inconstitucionalidade de norma de natureza disciplinar (por vício de competência), a utilização da teoria da nulidade *ex tunc* poderia resultar na desconstituição de diversos processos administrativos sancionadores instaurados (concluídos ou não) com base na lei disciplinar invalidada, de modo que vários policiais civis que foram punidos com base na referida norma teriam as suas penalidades afastadas (com eventual reintegração no cargo), inclusive aqueles punidos pelo cometimento de infrações gravíssimas (as quais não poderiam sequer ser renovadas em novos processos administrativos por conta de prescrição).

Assim, o Supremo Tribunal Federal considerou, para definir pela modulação, “os riscos à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, resguardados no art. 144, *caput*, da CF”. Ademais, atentou o STF ao fato de que a restrição da eficácia *não causaria prejuízos ao interesse público ou mesmo à ordem constitucional*, já que a ação direta de inconstitucionalidade estava objetivamente fundamentada em vício formal de *competência legislativa* e não atinava, portanto, a problemas outros referentes à violação do contraditório, ampla defesa ou temas relacionados à infringência do devido processo legal.⁵¹⁵ Com tais considerações, o STF

⁵¹³ A doutrina criticou essa decisão do STF, aludindo que, embora correta, lhe faltou fundamentação específica. Bem ressaltou, ainda, que o Supremo não dispõe de uma “prerrogativa discricionária” nessa seara (v. Abboud, *Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*, p. 294).

⁵¹⁴ ED na ADI 3.601/DF, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, m.v., j. 09/09/2010, DJ 15/12/2010, www.stf.jus.br.

⁵¹⁵ Vale notar, nesse julgamento, o *voto-contrário* do Ministro Marco Aurélio à modulação no caso em apreço, motivado, em linhas gerais, na ausência de *dados estatísticos* que demonstrem os reais efeitos da declaração *ex tunc* no caso concreto: “A Polícia Civil do Distrito Federal é exemplar. Então, os casos de exoneração devem ser pouquíssimos, para chegarmos a essa espécie de decisão em embargos declaratórios modulando o pronunciamento do Tribunal”. De igual modo, a Ministra Cármen Lúcia, embora tenha acatado a restrição dos efeitos, fez considerações incidentais manifestando sua preocupação com a *frequência* das

entendeu por bem estabelecer que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia produzir efeitos a partir da data da publicação do acórdão.

5.2.9. ADPF 156: depósito prévio como pressuposto de recurso administrativo.

Finalmente – e também tratando de interpretação de processo administrativo –, o STF *rejeitou* modulação de decisão que declarou inconstitucional a exigência de recolhimento do depósito prévio como condição de procedibilidade de recurso em sede de processo administrativo sancionador de natureza trabalhista.⁵¹⁶

Com efeito, o Ministro Luiz Fux chamou a atenção para o fato de que o dispositivo em questão (art. 636, § 1º, da CLT) era antiquíssimo e, sendo assim, poderia causar polêmica a declaração de sua inconstitucionalidade *ex tunc*, máxime o risco de “*anular todas as multas que já foram praticadas até hoje*”. Todavia, por unanimidade, decidiu-se que a matéria já havia sido pacificada de forma “geral” na Súmula Vinculante nº 21⁵¹⁷ e que, por isso, o julgamento não ensejaria “surpresa” autorizadora de qualquer ponderação da eficácia do julgado.⁵¹⁸

5.2.10. ED na ADI 2.797: prerrogativa de foro para ex-ocupantes de cargos públicos.

Noticiou a assessoria do STF⁵¹⁹ o julgamento de Embargos de Declaração na ADI 2.797, no cerne da qual o Plenário decidiu, por maioria, que a supressão do direito de ex-ocupantes de cargos públicos e ex-detentores de mandatos eletivos a foro por prerrogativa de função *é válida desde 15 de setembro de 2005*, momento em que a Suprema Corte

decisões referendando leis inconstitucionais no tempo; “então, por todo imbróglio agora verificado, apesar de ser um voto que dou de má-vontade, do ponto de vista jurídico, realmente vou acompanhar o Relator”.

⁵¹⁶ ADPF nº 156, Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, v.u., j. em 18/08/2011, www.stf.jus.br.

⁵¹⁷ Súmula Vinc. 21 STF: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

⁵¹⁸ Certamente vários outros tantos julgamentos da Suprema Corte que resultaram em *interpretação do direito processual* estavam aptos a ensinar a discussão do cabimento da modulação, como a própria Súmula Vinculante 21, cujo precedente que lhe deu origem simplesmente silenciou a respeito. Não obstante, na esteira das nossas observações anteriores, reiteramos a possibilidade de os juízes e tribunais inferiores relativizar os precedentes do STF nos casos nos quais, excepcionalmente, perceberem que a aplicação puramente retroativa pode infringir a segurança jurídica dos litigantes e em geral interferir no curso processual. Isso ocorre, como vimos, quando um tribunal deixa de aplicar retroativamente um julgamento do STF para desconstituir a coisa julgada; ocorre também nas situações específicas em que os efeitos de um precedente são materialmente relativizados para dizer que, naquele caso, em virtude de condições especiais (v.g., verba alimentar), ele não tem aplicação. Mas para tanto, ressaltamos, o STF precisa ter silenciado quanto ao tema alusivo à modulação, de maneira que, negando o STF *expressamente* a modulação de sua decisão, a rigor nada será possível ajustar, sob pena de dar azo a uma reclamação (*idem*, se o STF determinar que a modulação se faça de algum modo específico, o juiz de primeira instância não poderá aplicar o acórdão de outro jeito).

⁵¹⁹ Notícia de 16 de maio de 2012, ref. ED na ADI 2.797 (www.stf.jus.br).

julgou inconstitucional a Lei nº 10.628/2002, que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal (CPP), prevendo esse benefício. Por via de consequência, *o STJ preservou a validade de todos os atos processuais que eventualmente tenham sido praticados em processos de improbidade administrativa e ações penais contra ex-detentores de cargos públicos e de mandatos eletivos, julgados anteriormente, ao abrigo dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do CPP*, isto é, no período de vigência da Lei 10.628, que foi de 24 de dezembro de 2002 até 15 de setembro de 2005, quando foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

Conforme narra a notícia do STF, “a decisão foi tomada no julgamento de recurso de embargos de declaração opostos pelo procurador-geral da República em relação à decisão de setembro de 2005, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2797, proposta em 2002 pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). *O procurador-geral pediu a modulação dos efeitos da decisão a partir da declaração de inconstitucionalidade da lei, preocupado com a segurança jurídica, pois questionava como ficariam os processos julgados na vigência da lei declarada inconstitucional*”.

No voto do Ministro Ayres Britto, ainda não publicado por ocasião da elaboração da finalização desta tese, obtemperou, em primeiro lugar, o cabimento dos Embargos de Declaração para o fim almejado, qual seja, modular a inconstitucionalidade, afirmando a evolução do tribunal neste sentido. No mérito, afirmou, *o interesse coletivo no caso “sobrepõe amplamente o interesse individual de quem é acusado da prática de crime no exercício de função pública ou mandato coletivo”*.

5.3. Modulação das decisões processuais no Superior Tribunal de Justiça.

5.3.1. MC 2.454/RJ: destrancamento do recurso especial retido na origem.

O STJ não se autoconfere o direito de modular suas próprias decisões, entendendo que a tarefa é admitida apenas na seara constitucional (v. EDiv 738.689). Nada obstante, em situações peculiares, especialmente as que examinaram os reflexos de decisões *processuais*, o STJ não hesitou em relativizar temporalmente o alcance da regra de direito manifestada em tais julgamentos. Dessa forma, na apreciação da Medida Cautelar 2.454/RJ, discutiu-se o *cabimento da ação cautelar para destrancar recurso especial retido* na instância inferior, em vista do teor do § 3º do art. 542 do CPC, cuja interpretação

era *divergente* no seio do próprio STJ (algumas Turmas entendiam que, em vez da Cautelar, era o Agravo de Instrumento o remédio adequado para processar o recurso especial retido). Consequentemente, para acomodar essa divergência, adotou-se como solução admitir a Medida Cautelar (no lugar do Agravo de Instrumento) na forma de mais um mecanismo adequado a propiciar o processamento do recurso especial retido, mas isso apenas *durante o primeiro semestre do ano de 2000* (tempo em que a controvérsia surgiu) e desde que, antes disso, não houvesse a solução da questão pela Corte Especial. Vejamos o teor dessa modulação nas próprias palavras do Ministro Relator, *in verbis*:

“A medida cautelar não é via própria para reformar decisões judiciais. Contra a decisão que, nos termos do artigo 542, §3º/CPC, aplica o regime de retenção ao recurso especial, cabe o agravo de instrumento previsto no art. 544/CPC, e não o aforamento de Medida Cautelar ou de Reclamação no Superior Tribunal de Justiça. Contudo, tendo em conta que já há algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça admitindo o manejo da Medida Cautelar para esse fim de liberar o processamento do recurso especial que ficou retido, bem como em face das muitas dúvidas reinantes na comunidade jurídica sobre qual o procedimento a ser adotado contra a mencionada decisão de retenção - se Medida Cautelar, Reclamação ou Agravo de Instrumento -, *para não causar surpresa nem prejuízo genericamente às partes e aos advogados, deve-se admitir, em tese e nos seis primeiros meses do ano de 2000, o manejo de Medida Cautelar para esse fim, se antes não houver outra definição pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. (...)*”.⁵²⁰

5.3.2. AgReg 827.293/RS: ratificação do recurso especial.

Em outra ocasião (AgRg 827.293/RS), a 1ª Turma do STJ aplicou a técnica de manipulação para relativizar os efeitos *retroativos* do pronunciamento da sua Corte Especial sobre a necessidade de ratificação do recurso especial interposto anteriormente ao exame dos embargos declaratórios pelo tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado:

“1- A decisão da Corte Especial deste Sodalício (julgamento em 18/04/2007) no sentido de ser o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, prematuro e incabível, por devendo ser reiterado ou ratificado no prazo recursal, *não pode ser aplicada com efeitos retroativos às situações anteriores à sua publicação*. 2- No caso,

⁵²⁰ Esse despacho foi unanimemente referendado pela 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 29/02/2000, www.stj.jus.br. A mesma decisão veio depois a ser tomada também na MC nº 2.501/MG, pelo mesmo Ministro Relator.

o recurso especial da ora agravante foi interposto em 06 de outubro de 2006, quando ainda não havia se formado o entendimento da Corte Especial do STJ no sentido acima explicitado. 3- Agravo regimental provido”⁵²¹.

Interessa ver os fundamentos adotados no interessante voto do Ministro José Delgado para decidir dessa forma:

“(...) tenho defendido de ser dispensável a ratificação das razões do recurso especial quando este foi oposto dentro do prazo de interrupção ocasionado pela oposição de embargos de declaração da parte contrária. O excesso de rigor formal não se coaduna com o objetivo do direito processual moderno, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC). É verdade, como disse a eminente relatora, que a distinta Corte Especial deste Sodalício, ao julgar, em 18/04/2007 por maioria, o REsp nº 776265/SC, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/o acórdão Min. César Asfor Rocha, entendeu em sentido oposto, ou seja, que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. No entanto, é de ser observado que, quando da interposição do recurso especial da ora agravante 06 de outubro de 2006, ainda não havia se formado o entendimento deste STJ no sentido acima explicitado. *Destarte, entendendo que a referida decisão da Corte Especial não deve traduzir efeitos retroativos à situação em questão, dou provimento ao agravo regimental e determino a conversão do agravo de instrumento em recurso especial para sua posterior inclusão em pauta*”.

5.3.3. HC 28.598/MG: *overruling* acerca da jurisprudência sobre o início do prazo recursal para o Ministério Público.

Em julgamento relativamente recente (v. HC 28.598/MG⁵²²), o Superior Tribunal de Justiça admitiu a *tempestividade* de recurso que se fundava em interpretação de lei processual então adotada pela jurisprudência do próprio Tribunal, segundo a qual o início do prazo recursal para o Ministério Público deve ser computado da data da aposição do ciente nos autos pelo Promotor, e não do seu ingresso na repartição pública.

⁵²¹ AgRg no Ag 827.293/RS, 1ª Turma, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, m.v., j. em 25/09/2007, www.stj.jus.br. O voto do relator foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki.

⁵²² HC 28.598/MG, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. em 14/06/2005, DJ 01/08/2005, www.stj.jus.br. Os Ministros José Arnaldo da Fonseca e Felix Fisher votaram com a relatora.

Tratou-se nessa hipótese, a rigor, de típica prospecção do resultado de um *overruling* na seara do direito processual penal, entendendo por bem o STJ dar eficácia à sua jurisprudência antiga (revogada por novas decisões da própria Corte e do Supremo Tribunal Federal), à luz do princípio do Estado Democrático de Direito. Nestes termos fundamentou-se o voto da Relatora, Ministra Laurita Vaz:

“De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do *Habeas Corpus* n.º 83.255/SP (informativo n.º 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir *da entrada* do processo nas dependências da Instituição. (...) O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte. *Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso*, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o ‘ciente’ lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial (...) Dessa maneira, constata-se que o Ministério Público Federal, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal. *Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável.* Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenada com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público. Em face de tais considerações, ao que se me afigura, *a mudança de entendimento implementada pela nova leitura feita pelas Cortes Superiores deve alcançar os casos futuros, não aqueles consolidados na constância da orientação anterior. Ante o exposto, DENEGO a ordem*”.

A mesma orientação voltou a ser seguida no HC 89.568/RJ, da 6ª Turma, Relatoria do Ministro Og Fernandes, julgado em março do ano de 2009,⁵²³ e, mais recentemente, no

⁵²³ Assim ementado: “1. A contagem do prazo para a interposição do recurso especial ocorreu de forma correta, em consonância com a orientação firmada, à época, por esta Corte, que entendia que a intimação das decisões judiciais para o Ministério Público deveria ocorrer com a aposição do ciente por seu representante. 2. *A mudança de entendimento implementada pela nova leitura feita pelas Cortes Superiores deve alcançar os casos futuros, não aqueles consolidados na constância da orientação anterior.* 3. Ordem denegada”. (HC 89.568/RJ, 6ª Turma, Rel. Ministro Og Fernandes, j. em 05/03/2009, in www.stj.jus.br).

REsp 504.372/SP, este alusivo à tempestividade de recurso especial do Ministério Público em matéria *cível*.⁵²⁴

5.4. Teoria da fungibilidade recursal: caso típico de prospecção de efeitos da jurisprudência processual.

A teoria da fungibilidade recursal – adotada em larga escala por todos os tribunais pátrios, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça no exercício da *jurisdição infraconstitucional* – tem como objetivo permitir que um recurso possa ser trocado pelo outro, na hipótese de *dúvida objetiva* sobre qual o recurso adequado para atacar determinado pronunciamento judicial. Por “dúvida objetiva” entende-se a *divergência existente na jurisprudência* sobre o recurso corretamente cabível,⁵²⁵ razão pela qual, quando não há mais *divergência* (e.g., porque a controvérsia acabou por ser dirimida por um entendimento sedimentado do STJ a respeito do tema), considerar-se-á *erro grosseiro* a interposição de apelo distinto daquele que a jurisprudência pacificada entende como correto,⁵²⁶ proibindo, portanto, a adoção da fungibilidade.

Está-se aqui diante do *fenômeno evolutivo do direito processual*, o qual, em um dado momento, se apresenta duvidoso por culpa da lei mal elaborada, mas que *será posteriormente moldado a partir dos entendimentos jurisprudenciais*. Por isso a referida “dúvida objetiva”, colocada na qualidade de pressuposto da teoria da fungibilidade recursal, deve ser *atual*, “pois o direito evolui e problemas que já se mostraram agudos acabam resolvidos pela jurisprudência dominante”.⁵²⁷

⁵²⁴ Confirma-se a ementa: “1. A jurisprudência consolidada no STF e no STJ, à época da interposição do recurso, era no sentido de que a intimação pessoal do Ministério Público ocorria com a aposição do “ciente” lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial, e não com a aferição da data da entrada do processo na secretaria (REsp 23.995/SP). 2. Após o julgamento do HC 83.255-5, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 5 de novembro de 2003, firmou-se a compreensão de que o prazo começa a fluir, para o Ministério Público, a partir da data da entrada dos autos no Órgão. 3. No caso, o Ministério Público Federal, em julho de 2001, tendo em vista a então sedimentada jurisprudência dos Tribunais Superiores, interpôs o recurso dentro do prazo legal. 4. A mudança de entendimento implementada pela nova interpretação feita pelo STF e o STJ deve alcançar somente casos futuros, e não aqueles firmados durante a orientação anterior. Precedentes do STJ. 5. Recurso Especial provido” (REsp 504.372/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 08/06/2010, DJe 30/06/2010, www.stj.jus.br) - acórdão por v.u., acompanhando o voto do relator os Ministros Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins.

⁵²⁵ Cf. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *CPC Comentado*, op. cit., p. 810.

⁵²⁶ Assim decide o STJ: “Se a jurisprudência ainda não se tornou perfeitamente uniforme, o erro da parte pode apresentar-se escusável e assim ser relevado, ainda que o recurso impróprio haja sido interposto após findo o prazo para o recurso próprio (RSTJ 43/348)” (*apud* Theotonio Negrão e outros, *CPC*, op. cit., nota 11 ao art. 496, p. 593).

⁵²⁷ Cf. Araken de Assis, *Manual dos Recursos*, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2008, p. 94.

Pois bem, a análise do âmbito de incidência do conhecido princípio da fungibilidade recursal impõe concluir que ele, na verdade, é expressão da técnica de *prospecção de efeitos de jurisprudência*, aproximando-se do chamado “case of first impression” do direito norte-americano,⁵²⁸ cuja teoria está a admitir que um dado precedente judicial *inédito* interpretando uma lei dúbia ou lacunosa gere efeitos apenas para o futuro.

No caso específico da fungibilidade, enquanto não existe uma jurisprudência firme deliberando em definitivo sobre a tese da adequação do recurso contra uma determinada decisão, *admite-se como válidas todas as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais razoavelmente possíveis* acerca do cabimento recursal. Todavia, uma vez firmada a orientação sobre o tema controvertido, normalmente por ocasião da publicação do precedente do Superior Tribunal de Justiça, em cumprimento da função que lhe compete por força do art. 105, inc. III, alínea “c”, da CF, *a partir deste marco divisório* todos os recursos apresentados que não se coadunem com tal orientação serão considerados *incabíveis*,⁵²⁹ sem direito à fungibilidade, por faltar o requisito da “dúvida” (pois o recurso cabível só pode ser agora aquele indicado pela jurisprudência do STJ).

Vê-se aí em tal mecanismo a adoção da *manipulação dos efeitos da interpretação judicial da lei processual*, que se projeta apenas sobre *os futuros* recursos, *não alcançando, todavia, aqueles interpostos no passado* (i.e., aqueles apelos apresentados enquanto ainda havia *dúvida*, os quais serão admitidos indistintamente). Fácil denotar, em sentido contrário, que a jurisprudência uniformizadora da polêmica sobre qual recurso propriamente adequado *não exerce efeitos retroativos* (i.e, passados) !

Nesse aspecto, é conveniente perceber ainda, sobre o tema, que a regra da fungibilidade recursal decorre de uma *criação pretoriana*,⁵³⁰ similarmente ao que ocorre em relação à teoria da modulação de precedentes nos países da *common law*⁵³¹ e, bem

⁵²⁸ Como já expusemos no decorrer do trabalho, quando o tribunal decide uma causa e pela primeira vez interpreta uma lei, acaba por criar uma nova regra para casos futuros (v. sobre o assunto a síntese de Reynolds, *Judicial Process*, cit., p. 90). Essa “lei judicial”, a partir de uma inédita interpretação judicial (*first impression*), pode causar problemas caso seja aplicada retroativamente em certas circunstâncias.

⁵²⁹ Aliás, no processo trabalhista, a Súmula 83 do TST estabelece regra nítida nesse sentido, *in verbis*: “I – Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais. II – O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida”.

⁵³⁰ Para um entendimento preciso da teoria da fungibilidade e seu desenvolvimento histórico, v. Araken de Assis, *op. cit.*, pp. 88-96.

⁵³¹ A Suprema Corte norte-americana passou a utilizar a prospecção a partir do famoso caso *Linkletter v. Walker*, afirmando, ademais, tratar-se de uma *política judiciária* (cf. Tribe, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 218-219).

assim, no próprio Brasil antes da edição da Lei 9.868/99. Bem se sabe, a fungibilidade, outrora prevista no CPC de 1939, em seu art. 810,⁵³² não foi repetida no CPC-1973, justificando-se a exclusão do princípio na suposta correção dos questionamentos acerca do cabimento dos recursos de agravo e de apelação, haja vista o esclarecimento da natureza das decisões (interlocutórias e sentenças). Entretanto, isso não evitou os debates sobre cabimento de recursos, máxime no início da vigência do Código Buzaid,⁵³³ obrigando que a chamada tese da fungibilidade recursal, por uma questão de *justiça* e de *razoabilidade*, viesse a ser “recriada” pelos pretórios, que passaram a defender que “se a lei é dúbia, se os doutrinadores se atiram entre si e a jurisprudência não é uniforme, o erro da parte apresenta-se escusável e relevável, ainda que o recurso dito impróprio tenha sido interposto após findo o prazo assinado para o recurso dito próprio”, anotando esses julgados, inclusive, a *prevalência da regra maior* do duplo grau de jurisdição sobre o erro da parte, com a reafirmação do “recurso indiferente” consagrado no art. 810 do CPC antigo.⁵³⁴

Daí extrai-se um segundo ponto digno de destaque, consistente no fato de que os acórdãos que estão a albergar a teoria da fungibilidade encontram-se fundados no princípio do *devido processo legal*, do qual decorrem os postulados do duplo grau de jurisdição e do amplo direito de defesa. Alicerça-se a citada técnica, outrossim, no princípio da *instrumentalidade processual*, para o qual os meios processuais *não se sobrelevam* ao primado da justiça (*direito material*), especialmente nas hipóteses de erros processuais praticados apenas em razão de uma lei tecnicamente mal-acabada. O interessante nisso tudo, como se percebe dessa análise, é que a base de sustentação da fungibilidade recursal é o *princípio da proporcionalidade*, exatamente o mesmo postulado que dá sustentáculo jurídico à doutrina da modulação dos efeitos externos da jurisprudência. Por isso, toda vez que se admite a possibilidade de “trocar um recurso por outro”, tal excepcionalidade processual está amparada em uma *visão de contexto social* que se alicerça na proteção de *bens jurídicos de maior relevância*, quais sejam, o duplo grau de jurisdição (o direito de se defender amplamente via recurso), a razoabilidade, a instrumentalidade do processo, a boa-fé dos litigantes e, *lato sensu*, a segurança jurídica processual.⁵³⁵ É dizer ainda, em outras palavras, que valores constitucionais e princípios legais *sobressaem* no momento em que

⁵³² A redação do art. 810 do CPC antigo, de 1939, era esta: “Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”.

⁵³³ V. Araken de Assis, *op. cit.*, pp. 88-89.

⁵³⁴ REsp. 12.610/MT, 4ª Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, j. em 26/11/1991, v.u., www.stj.jus.br.

⁵³⁵ A aplicação da proporcionalidade se vê a partir das lições da melhor doutrina, segundo a qual a fungibilidade recursal, embora não prevista no CPC/73, deve ser ainda adotada, *para fazer preponderar o interesse substancial das partes*, que não pode ser prejudicado por formalismos ou tecnicismos (cf. Barbosa Moreira, *Comentários*, *op. cit.*, p. 251).

confrontados com a regra que impõe a retroatividade *ex tunc* da declaração judicial do direito, de modo que a definição jurisprudencial da lei processual duvidosa sobre o cabimento deste ou daquele recurso terá seus reflexos transcendentais temporalmente mitigados.

Todos esses elementos acima identificados permitem concluir sem mais delongas no sentido de que a “teoria da fungibilidade recursal” é uma *espécie* casuística do mecanismo que está a admitir, em geral, a “modulação dos efeitos dos precedentes judiciais” (*gênero*).

5.5. Modulação dos efeitos dos precedentes no processo civil na reformulação (*overruling*) de jurisprudência processual e nos julgamentos processuais inéditos: subsídios teóricos e práticos à sua aplicação.

5.5.1. Na reformulação (*overruling*) de jurisprudência processual.

A teoria da modulação dos efeitos da jurisprudência encontra campo vasto quando cuida da interpretação do direito processual, *como ramo do direito público*, diante da repercussão dessas decisões nas demandas judiciais em curso e, *em especial*, na segurança jurídica dos litigantes.

Às partes deve-se garantir o conhecimento prévio (*cognoscibilidade*) de normas processuais que estão a orientar o andamento da ação judicial, em cuja base suas condutas são pautadas, pois é à luz do *direito posto* que os advogados mesuram suas ações (*calculabilidade do direito*), deduzindo pedidos e interpondo os recursos com base na lei em vigor. Por isso, a exemplo do que ocorre nas demais áreas do direito, o processo sofrerá diretas consequências oriundas da *interpretação da norma*, na medida em que esta significar a alteração dos entendimentos possíveis e que foram adotados pelas partes no decorrer de um litígio, impondo-se, por conseguinte, o uso da *técnica* estudada ao longo deste trabalho.⁵³⁶

Pois bem, trata-se de examinar *as formas de garantir a manutenção das regras do jogo* do modo como elas, legal e judicialmente, encontram-se consolidadas *antes* do início do processo ou *no momento* da prática do ato processual isoladamente considerado, ou,

⁵³⁶ Inegável a participação da atividade judicial na inovação do direito processual, a partir de interpretações dos Códigos de Processo Civil e Penal. Trata-se das chamadas “*criações pretorianas*” comumente identificadas pela doutrina, a exemplo, dentre tantas, da “teoria da fungibilidade” da qual cuidamos nesse texto e da “exceção de pré-executividade” (trazendo a “exceção de pré-executividade” para provar sua tese no sentido de que *o juiz cria o direito*, v. Sergio Nojiri, *op. cit.*, pp. 152/157).

ainda, em um senso mais amplo, de garantir que a mudança dessas regras processuais não prejudique os participantes do litígio, protegendo-os dessas *indesejadas variações* causadas pela dinâmica exegese do direito processual.⁵³⁷

Nos termos do que vimos no Capítulo anterior, as hipóteses concretas julgadas até agora pelos nossos excelsos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça mostram que, para lidar com esse *delicado problema*, é preciso elaborar um juízo de ponderação (proporcionalidade), única forma de permitir que a intelecção das normas processuais firmada pelas últimas instâncias do país (logo, com ampla capacidade de *vinculação*) não seja empecilho à realização dos *escopos sociais do processo*, que se sobrepõem à teoria da retroatividade dos precedentes, máxime se se está diante das *reviravoltas jurisprudenciais* (= *overruling* processual).

De fato, a *pacificação da justiça* é o objetivo magno da jurisdição⁵³⁸ e, conseqüentemente, a retroatividade do direito não pode constituir obstáculo à sua concretização, causando tumulto em virtude de desfazimento de atos processuais. Sobrelevando esse princípio, no julgamento da competência da Justiça do Trabalho para ações decorrentes de acidente do trabalho (Conflito de Competência nº 7.204-1/MG), o Supremo Tribunal Federal houve por bem mitigar os efeitos do seu *novo precedente* sobre o tema, evitando o “caos processual” decorrente da anulação de todos os litígios apreciados por juízes absolutamente incompetentes. Para decidir desse jeito, ponderou-se com a segurança jurídica dos litigantes, porque estes, após longos anos aguardando uma sentença, seriam *surpreendidos* com a invalidação de seus processos se fosse aplicada a *nova decisão* do STF com potencialidade retroativa-declaratória. Ademais, colocou-se na

⁵³⁷ A técnica denominada *prospective overruling* é conhecida também da Corte Suprema na Argentina e coincidentemente tem sido aplicada para modular *precedentes processuais*. Mario E. Kaminker, Professor adjunto de Processo na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, narra que no caso Strada e Tellez a Corte alterou um precedente sobre *competência* que poderia implicar prejuízo aos litigantes, de forma que se decidiu que o novo precedente não seria aplicado às situações anteriores. Também no precedente Isaac e Sacoar, informa que a Corte Suprema alterou sua jurisprudência anterior, que *não exigia* recurso (“revocatória”) contra uma decisão administrativa como pressuposto para dar início à fase judicial. Com isso, as partes que agiam conforme a jurisprudência antiga, estavam sujeitas a perder seu direito material, haja vista que o prazo para apresentar o recurso administrativo exigido pela nova jurisprudência havia se esgotado. Sendo assim, a Corte Suprema entendeu, em apreciação de um recurso extraordinário, que, para não prejudicar o direito constitucional de defesa da parte e o acesso à justiça, era o caso de prospectar os efeitos do novo precedente. Deliberou-se, portanto, que o conhecimento prévio de *las reglas del juego* constituíam uma necessidade cuja carência colocaria em risco o princípio da segurança jurídica. Depois de citar outros casos nos quais a Suprema Corte passou a adotar a modulação de seus precedentes, conclui o jurista argentino salientando que “a admissão de que o reconhecimento prévio das regras do jogo constituem o pilar da segurança jurídica, e como tal constitucionalmente defensável, (...) gera um importante gesto de abertura ante as necessidades constitucionais dos cidadãos” (cf. Mario E. Kaminker, “Las Cortes Supremas, el Precedente y La Comunidad”, in *El Papel de los Tribunales Superiores*, coord. Roberto Berizonce, Juan Carlos Hitters e Eduardo David Oteiza, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 250/255 e 256).

⁵³⁸ Cf. Araujo Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, op. cit., p. 25.

balança a *inexistência de prejuízos* porquanto essas ações tramitaram nas justiças estaduais com plena obediência ao *devido processo legal*, análise esta, sem dúvida, imprescindível nesse contexto.

Como se vê, *saber se a finalidade do processo* foi legitimamente alcançada, ao mesmo tempo em que se define os *prejuízos reais* causados pela norma ilegalmente aplicada, são atividades cognitivas que têm intrínseca conexão com os propósitos da modulação. Assim, a técnica de conservação dos atos processuais, expressada no aforisma *pas de nullité sans grief* (arts. 244 e 249, § 1º, CPC e art. 563, CPP), e as modernas teorias que pregam a desmistificação do formalismo processual, *funcionam em parceria* com a técnica modulatória, pois elas visam à mesma finalidade, qual seja, evitar o caos da nulidade retroativa em prol do escopo magno do processo,⁵³⁹ embora, é verdade, *atuem de modo diverso* (i.e., enquanto aquelas teorias visam enfrentar *casuisticamente* os efeitos da nulidade processual retroativa imposta por uma declaração judicial, procurando *salvar o que for possível*, a modulação, por sua vez, objetiva *cortar esse mal pela raiz*, ao evitar simplesmente a retroação do aresto nulificante; *ambas as técnicas, entretanto, se assemelham e agem imunizando os efeitos dessa nulidade a partir de juízos de ponderação entre princípios*⁵⁴⁰).

A propósito, vale recordar que, antes de o Supremo Tribunal Federal deliberar a respeito do tema relacionado à competência da Justiça do Trabalho com base na nova EC nº 45/2004, delimitando o alcance da sua decisão no CC nº 7.204-1/MG, o Professor José Roberto dos Santos Bedaque propunha, para evitar a nulidade “retroperante” dessa

⁵³⁹ A teoria que defende que não há nulidade sem prejuízo e a da instrumentalidade do processo são faces da mesma moeda. Como se tem demonstrado em doutrina, o princípio da instrumentalidade das formas objetiva que só sejam anulados os atos imperfeitos se a finalidade não tiver sido atingida, pois, o que interessa, em *ultima ratio*, é o propósito principal do ato processual, não o ato em si mesmo. Assim, são várias as manifestações da lei processual neste sentido e um princípio que coincide com tal regra é o brocardo *pas de nullité sans grief* (cf. Araujo Cintra, Grinover e Dinamarco, *op. cit.*, p. 347). Mais recentemente, vale citar a conhecida tese de José Roberto dos Santos Bedaque, segundo a qual a técnica processual e o formalismo devem ser analisados com vistas ao objetivo do processo, a partir de uma *apreciação teleológica da técnica processual*, com vistas a eliminar os formalismos inúteis, desconsiderando-os sempre que os objetivos almejados possam ser conseguidos independentemente deles: “a forma constitui instrumento destinado a que o processo alcance os objetivos dele esperados e que constituem sua razão de ser. A forma não é fim, é meio. E como tal deve ser tratada” (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 91 e ss.).

⁵⁴⁰ De sorte que, quando o juiz rejeita a anulação *ex tunc* oriunda de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou qualquer outro *decisum* advindo das cortes superiores (*com força vinculante e expansiva*), para conservar atos ou proteger direitos (processuais) já constituídos, está fazendo, na realidade, uma modulação “*incidental*” daquela decisão da corte superior, a partir da adoção do juízo de ponderação de valores e princípios em jogo (v., sobre o tema, a questão da modulação incidental elaborada antes da edição do art. 27 da Lei da ADI no cerne de jurisdição constitucional, cf. capítulo 1 desta tese). A aceitação ou não de tal modulação incidental pelo órgão de quem emanou o *decisum* (STF ou STJ) será objeto de consideração a partir de recursos próprios ou reclamações constitucionais que venham a ser ajuizadas pela parte que se julgar ofendida com a relativização imposta.

eventual nova jurisprudência, *a conservação – incidental – de parcela de atos praticados no juízo incompetente*, apesar da (grave) *falta de jurisdição constitucional*, *in verbis*: “Ainda que se aceite a solução da inexistência dos atos praticados por juiz diverso daquele previsto na Constituição, nada obsta a que sejam considerados *pelo juiz natural* os atos decisórios já faticamente existentes. Por que repetir a citação, se o réu compareceu e apresentou defesa de mérito ? Qual a razão para realização de novo laudo pericial, se aquele já existente esclarece todas as questões técnicas ? Parece deva ser outra a solução para os processos conduzidos por juiz constitucionalmente incompetente. Reconhecido o vício, os autos serão remetidos ao juiz natural, que dará oportunidade às partes para manifestação sobre tudo o que se passou até então. Feito isso, caberá a ele verificar o que é passível de aproveitamento e o que deve ser refeito”.⁵⁴¹ Todavia, na forma do que vimos alhures, os juízes trabalhistas não precisaram enfrentar tal situação complicada e, eventualmente, adotar por si próprios a proposta sugerida na tese do Professor Bedaque, na medida em que o STF decidiu *delimitar abstratamente os efeitos retroativos de seu precedente*, estabelecendo *marcos temporais* para deixar parte dos feitos nos Juízos Estaduais (os processos já julgados) e outras *relativizações a respeito da força retrooperante da nulidade* imposta por sua decisão em relação aos processos que, ainda não julgados, seriam transferidos para a Justiça Trabalhista, proibindo esta de anular os atos processuais praticados até então pelo juiz absolutamente incompetente, pois o STF *determinou previamente o total aproveitamento* daqueles, mesmo porque foram *instituídos à luz do contraditório e da ampla defesa*.

De modo mais ou menos similar, no paradigmático julgamento que ensejou a revogação da Súmula alusiva ao *foro privilegiado* (Súm. 394), ocasião em que o Supremo Tribunal Federal de forma inédita e deliberadamente praticou a prospecção (pouco antes da edição da Lei 9.868/99), pretendeu-se *conservar a eficácia das sentenças* anteriores da própria Corte, *apesar da nulidade* desses julgamentos por *vício de incompetência* (absoluta). Nota-se bem, *in casu*, a incidência dos com efeitos repristinatórios poderia ensejar não apenas o desfazimento *ab ovo* de processos penais, como também dar substrato à *prescrição* das penas dos mandatários punidos por ato de improbidade, o que revelava à época um *aspecto político* relevantíssimo decorrente desse *overruling* processual que enfrentou o STF. A solução adotada, destarte, teve como objetivo prestigiar a *ordem pública* e a *segurança jurídica*, fundamento de alicerce para justificar a manutenção da validade dos julgamentos realizados no passado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.⁵⁴²

⁵⁴¹ *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, op. cit., p. 490.

⁵⁴² Estêvão Mallet comentou essa decisão, *in verbis*: “negou o Supremo Tribunal Federal, porém, efeito retroativo à nova jurisprudência resultante do cancelamento da Súmula 394, em atenção exatamente aos

Sem embargo, o importante aqui é notar que o STF só chegou a tanto porque entendeu, com base no princípio da proporcionalidade, que os julgamentos anteriores foram obedientes ao *devido processo legal*, de forma que o fato deles se encontrarem *em desconformidade com Constituição Federal* em decorrência de uma oscilação da jurisprudência sobre a *competência* não era um fator preponderante para impor a aplicação *ex tunc* do novo entendimento da excelsa Corte.

Em geral, portanto, denota-se que as soluções adotadas pelo STF na questão da competência da Justiça do Trabalho e no tema relacionado à revogação da Súmula 394, acima citados, revelam-se, indubitavelmente, precedentes marcantes para a devida compreensão do modo de adaptação dos consectários de uma decisão vinculante em face da tão frisada “segurança jurídica dos litigantes”, princípio a ser fortemente considerado quando se está diante de reflexões que envolvem a eficácia de precedentes no direito processual civil e penal. Portanto, embora não se deva perder de vista a gravidade em referendar julgamentos elaborados por tribunais absolutamente incompetentes, diante do relevante *princípio do juiz natural* (art. 5º, XXXVII, CF c/c art. 485, inc. II, segunda parte, CPC), o STF viu-se nessas hipóteses praticamente obrigado a incrementar sua interpretação constitucional para fixar uma *cláusula de transição*, aproveitando os atos processuais realizados com vistas a assegurar a ordem jurídica e a paz social, lidando apropriadamente com os perniciosos resultados da virada jurisprudencial que impôs. De fato: deixasse de decidir o STF sobre a prospecção dos efeitos de sua orientação moderna, seria difícil explicar ao homem-comum que postulava sua indenização acidentária, já beneficiado com uma sentença favorável, a anulação de todo o processado e o retorno das coisas ao estado anterior; do mesmo modo, não há sombra de dúvidas, seriam incisivamente impactantes os resultados do cancelamento da Súmula 394 do STF, gerando graves problemas de *impunidade*, além dos sérios problemas inerentes ao desfazimento de centenas de processos findos.

Dessa forma, ponderar os prós e contras de uma transformação abrupta de uma sólida orientação processual representa, conforme temos insistido, uma *obrigação ex officio* do tribunal superior, a fim de que ele possa decidir sobre os *graus de repercussão* de seu novo precedente. Ao mesmo tempo, tal obtemperamento serve para preservar princípios, para que a melhora buscada com a atualização do direito não venha a sucumbir

graves problemas práticos que solução diversa produziria, problemas relacionados com anulação dos atos processuais praticados, com risco, inclusive, de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Ou seja, para preservar o interesse público e salvaguardar a estabilidade das relações jurídicas, limitou-se, em última análise, à eficácia da própria Constituição, admitindo que prevalecesse em relação aos atos já praticados, entendimento em confronto com seu texto (...)” (*op. et loc. cit.*, pp. 82-83).

frente às injustiças em larga escala que ela poderá causar; o *uso da proporcionalidade* para fins de modulação do *overruling*, portanto, auxilia o tribunal a desfazer-se de amarras psicológicas que poderiam frustrar o salutar fenômeno de mutação do direito processual, conforme ficou patenteado no *overruling* alusivo à revogação da Súmula 394, cuja modulação permitiu afastar, nas palavras do Ministro Pertence, uma jurisprudência equivocada aplicada pelo STF há mais de 157 anos.

Do mesmo modo ocorreu na apreciação do emblemático do HC 82.959-7, no cerne do qual a Suprema Corte *confrontou* (i) a necessidade de atualizar a sua jurisprudência, em vista de direitos humanos que estavam em jogo para que fosse mantida a proibição de progressão da pena nos crimes hediondos, com (ii) os impactos que tal reviravolta poderia ensejar, porquanto durante muitos anos penas ilegítimas foram cumpridas. A *fórmula de equilíbrio* adotada para enfrentar esse difícil dilema constituiu na imunização de um dos efeitos da retroatividade da novel jurisprudência, vedando a indenização por erro judiciário ou por prisão excessiva, ao passo que, com isso, a referida atualização da leitura da lei em face da Constituição Federal pode ser exercida com tranquilidade.

À mostra desses casos concretos, podemos afirmar, conclusivamente, que é realmente inevitável que o tribunal superior, no momento em que pratica uma revisão jurisprudencial, *esteja atento aos efeitos do seu ato*, de modo que, existindo potencialmente o risco de causar impactos – e aqui estamos analisando a matéria sob o ângulo dos direitos processuais dos litigantes –, o ajustamento da eficácia da *new rule* contida no precedente revisor recém-editado sejam *obrigatoriamente* adotado pelo tribunal.⁵⁴³

Essa cautela, porém, deixou de ser adotada, em um primeiro momento, pela Corte Especial do STJ no tocante à mudança do entendimento quanto ao prazo para o Ministério Público recorrer (v. HC 28.598/MG, HC 89.568/RJ e REsp. 504.372/SP). Na espécie, o plenário do STJ alterou a jurisprudência pacífica que outrora vinha albergando com relação ao *prazo recursal do MP*, para criar – via interpretação da lei – *uma outra regra processual* que acabou por reduzi-lo. Isso fez com que, uma vez adotada a ideia do julgado

⁵⁴³ Assim temos defendido na constância desse trabalho com base na melhor doutrina: “A proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais constitui *dever* dos Tribunais Superiores, pelo que a limitação dos efeitos das decisões que revogam precedentes ou jurisprudência consolidada não está sequer à discrição do Superior Tribunal de Justiça. Esse Tribunal, para dar cumprimento a sua missão constitucional de dar unidade ao direito federal, tem o dever de utilizar a técnica da limitação dos efeitos retroativos, como todo tribunal que, ao decidir, fixa normas que orientam a conduta dos jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade para trabalhar e viver” (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, *op. cit.*, p. 445).

revisor, todos os recursos intentados pelo órgão ministerial com fulcro nos precedentes antigos fossem considerados *intempestivos* (i.e., a mudança em questão acabou por condenar à intempestividade a grande maioria dos recursos aviados pelo MP). Sintomaticamente, nos recursos especiais e *habeas corpus* subsequentes, nos quais o novo precedente da Corte Especial deveria ser aplicado, as Turmas do STJ se viram diante dessa situação inusitada, razão por que só lhes restou conceder a devida proteção à *confiança legítima* depositada pelos Promotores naquela orientação abandonada,⁵⁴⁴ confirmando a aptidão dos recursos interpostos na sua vigência. Além de proteger a segurança jurídica, pautou-se a solução incidental e *a posteriori* das Turmas do STJ em outras relevantes garantias concedidas aos litigantes, dentre as quais, o *devido processo legal* (no qual se incluiu o *direito de recorrer*), alicerce do *Estado Democrático de Direito*, que vieram a prevalecer sobre a retroatividade da declaração judicial e o rigor da técnica processual da preclusão, a partir da incidência inequívoca do *princípio da proporcionalidade*, essencial ao uso coerente do método de flexibilização ora analisado.⁵⁴⁵

Fica aqui apenas a dúvida sobre qual seria a posição do STJ se os prejudicados pela reviravolta não fossem membros do Ministério Público, mas simples advogados às voltas com suas causas particulares, notadamente porque, no HC nº 83.255/SP que deu origem à tese modulatória acima descrita, fundou-se fortemente o STJ no *interesse público* defendido pelos promotores. Parece oportuno este parêntese, pois, na realidade, pouco importa se a parte recorrente representa, ou não, o interesse estatal: “não é possível retroagir entendimento novo para o efeito de prejudicar *quem quer que tenha praticado ato em confiança em precedente ou em jurisprudência pacífica*”.⁵⁴⁶

Pois bem. A circunstância acima retratada leva-nos a notar, sob um outro prisma, que *é muito preocupante* a mutação da jurisprudência processual elaborada pelas (in)constantes interpretações do STJ, seja em razão da sua competência institucional

⁵⁴⁴ Vale reprimir aqui o argumento do voto da Ministra Laurita Vaz no HC 28.598: “Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenas com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança”

⁵⁴⁵ Veja-se por aí que a modulação nada mais é do que um instrumento que permite a ponderação da “técnica processual” para que ela possa atingir os seus *escopos*, os quais, a propósito, são coincidentes com aqueles (escopos) almejados pelo processo. Todavia, conforme destaca Cândido Dinamarco, o destaque desses “escopos” não conduz ao menosprezo da técnica processual; o que ocorre é a sua *aplicação* com vistas aos seus reais propósitos, sua finalidade; *aplicação racional*, portanto. Em suma, “criticar técnicas vigentes e buscar seu aprimoramento ou substituição por outras não significa menosprezar a técnica processual em si mesma, mas revalorizá-la mediante sua compatibilização com os escopos do processo e com o desiderato de propiciar acesso à justiça” (v. Dinamarco, *Instituições*, vol. I, *op. cit.*, p. 141).

⁵⁴⁶ Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, *op. cit.*, p. 443-444.

definida pela Constituição de 1988 (pacificar a interpretação da lei processual federal), seja em razão das características repercutivas (*efeito vinculante atípico*) dos seus precedentes em relação a todas as ações em curso nas Justiças do território nacional. Ao STJ cumpre *reconhecer* de uma vez por todas que está habilitado a amoldar *in abstracto* o alcance de certos precedentes (ao menos aqueles problemáticos, advindos de um *overruling*), única forma de usufruir de todas as vantagens institucionais desse método. Só assim será possível amenizar a *tensão* criada no momento em que se põe a reformular temas processuais e, muito além disso, só assim é que o STJ poderá praticar a salutar atualização da sua jurisprudência livre dos receios de causar danos em escala ou tumulto deliberado nas lides em curso, conforme parece ter sido o caso – *para citar mais um dentre tantos* – do julgamento dos Embargos de Divergência 875.758/RS, no cerne do qual o STJ reconsiderou o entendimento da Súmula 410,⁵⁴⁷ mas incongruentemente decidiu mantê-lo, obrigando a que, tempos depois e *de forma funcionalmente imprópria*, a 3ª Turma viesse a “esclarecer” o verdadeiro alcance daquele precedente da *Seção*.⁵⁴⁸

Por isso, a propósito desses *perigos* advindos da mutação da orientação da processual praticada no STJ nas últimas décadas, são oportunas as palavras do Ministro João Otávio de Noronha:

“Mas gostaria de lembrar um fato. Por mais de vinte anos, como advogado do Banco do Brasil, executei contratos de abertura de crédito. Pois, até então, a jurisprudência assegurava – o que aliás vinha desde 1850, com o Código Comercial e os Regulamentos ns. 737 e 767 –, todos sempre asseguraram a executividade dos contratos de abertura de crédito. Portanto, por mais de um lustro, a Justiça brasileira reconheceu a executividade dos contratos de abertura de crédito. Todavia, um belo dia, a Seção de Direito Privado deste Superior Tribunal de Justiça disse que não era mais título executivo. (...) Como ficamos em situações como essas, em que milhares de execuções, no caso dos contratos de abertura de crédito, propostas pelo Brasil afora, em que um jurisdicionado, não importa que seja banco, que pague os seus impostos, que tenha todos os direitos de se valer de sua jurisdição, *acreditando na segurança jurídica, acreditando, com fé, nas decisões judiciais*

⁵⁴⁷ Súmula 410 do STJ: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

⁵⁴⁸ O julgado da 2ª Seção do STJ contém essa ementa: “A intimação do devedor acerca da imposição da multa do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, *pode ser feita via advogado*” (EDiv. 857.758/RS, 2ª Seção, Rel. Ministra Fátima Nancy Andrighi, v.u., j. em 23 de fevereiro de 2011, www.stj.jus.br. A 3ª Turma esclareceu o teor dessa decisão para dizer que a Súmula 410 fora, em verdade, mantida pela Seção, porque ela ainda seria aplicável aos casos *anteriores* à edição da Lei 11.232/2005 que inaugurou o sincretismo processual (REsp 1.212.457/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. em 12 de abril de 2012, www.stj.jus.br).

cristalizadas, sedimentadas, até por mais de um século, inicia o processo de execução e, de repente, a Justiça diz que ele não tem mais títulos executivos, que suas execuções todas serão extintas, que terá que pagar não só as custas do processo, mas também, é evidente, honorários advocatícios à parte *ex adversa* e, quando não, estará, ainda, sujeito ao princípio da execução injusta, que impõe o dever de indenizar o executado? Por isso, penso que precisamos enxergar as realidades constatadas no direito brasileiro. O efeito prospectivo e a modulação do julgamento têm o condão, exatamente, de permitir a uma Corte Superior transcender o interesse individual e fazer prevalecer a própria credibilidade do Poder Judiciário.”⁵⁴⁹

Deveras, analisando a questão acima colocada pelo Ministro Noronha, podemos afirmar que o STJ detinha elementos para prospectar sua orientação acerca da executividade dos contratos de contas correntes, protegendo a *segurança jurídica* daqueles que colocaram fé na jurisprudência consolidada na qualidade de *fonte de direito* confiável para fundamentar suas ações executivas.⁵⁵⁰ O *caos processual* – insistimos no uso dessa expressão por representar perfeitamente a consequência advinda de uma mudança radical das “regras do jogo” – também era fácil de antever na ocasião, diante da provável extinção das inúmeras execuções ajuizadas, que impor a condenação dos exequentes aos ônus sucumbenciais, sem contar os *reflexos no direito material* (prescrição de créditos, indenizações por execuções injustas etc.), os quais a rigor acabaram ocorrendo na prática. Por este motivo, aliás, visando corrigir a falta de modulação do *overruling*, a jurisprudência pátria foi, *incidentalmente*,⁵⁵¹ obrigada a utilizar alternativas pouco ortodoxas do ponto de vista formal, convertendo as ditas execuções em ações ordinárias ou monitórias, *mesmo após a citação do executado-devedor*, com a determinação de “emenda” das iniciais aos patronos dos bancos exequentes, quando, bem se sabe, adotado um mínimo rigor técnico-processual, deveriam os juízes ter *extinguido* as ditas ações

⁵⁴⁹ Voto-vencido proferido nos Embargos de Divergência 738.689/PR, no cerne do qual, como vimos no curso desta tese, o Pleno do STJ entendeu que a prática da modulação de precedentes e decisões é reservada do STF, por força do art. 27 da Lei. 9.868/99.

⁵⁵⁰ Na verdade, os diversos julgados do STJ sempre se orientaram em admitir a executividade do contrato de conta-corrente, de forma que a matéria era tida como tranquila, especialmente no Estado de São Paulo, onde incidente de uniformização deu origem à antiga Súmula 11 do extinto 1º TAC/SP. Cândido Dinamarco – que fez parte daquele sodalício – defendia a inexistência de título e certamente influenciado por tais lições, o STJ tempos depois abriu subitamente a divergência, tendo dado ensejo a Embargos de Divergência que ensejou a Súmula 233 do STJ, segundo a qual os contratos bancários de conta-corrente não são títulos executivos. Veja-se que, embora a matéria tenha sido deliberada só em Embargos de Divergência, trata-se de um caso de *overruling*, em razão de aspectos práticos que definiam a matéria como sendo pacífica. Mesmo não se tratasse de reviravolta, nada impedia de prospectar efeitos para dizer que a Súmula valeria a partir da sua publicação, preservando as situações passadas.

⁵⁵¹ Praticou aqui aquelas chamadas “*ponderações no plano concreto*” comuns de se ver na jurisdição constitucional antes de o STF começar a modular *in abstracto* suas decisões com base no art. 27 da Lei 9.868/99, nos termos do que vimos no primeiro capítulo desta tese.

executivas, sem julgamento de mérito, por falta de título. Sucede que, interessadamente, a adoção destas lapidações casuísticas fez com que a matéria *retornasse ao STJ* por meio de diversos recursos especiais, resolvendo a Corte posicionar-se agora pela impossibilidade de conversão da execução após a citação do executado,⁵⁵² o que só veio a *confirmar* o efeito perverso do *overruling* sobre o tema, valendo notar, ao fim, que nada disso seria necessário se, *in abstracto*, o STJ tivesse adaptado a eficácia dos efeitos de seu *leading case*, prospectando-o.

O caso supracitado certamente não é o primeiro e obviamente não será o último *overruling* de entendimento processual praticado no cerne do STJ, a exigir a devida cautela da Corte. A imensidão de problemas oriundos da interpretação dos Códigos Processuais e das reformas legislativas a ele atinentes, cria um ambiente nocivamente propício para revisitação de temas outrora pacificados, valendo ilustrar com recente julgamento que pôs em pauta a discussão sobre a *titularidade* para receber as *astreintes* previstas no art. 461 do CPC⁵⁵³ e com o *overruling* praticado na apreciação do REsp 1.177.372/SP, segundo o qual os Cartórios de Notas e Registros Públicos não são partes legítimas em ações de indenizações contra eles movidas em virtude de atos notariais ilegais, suplantando o entendimento da Corte que admitia a legitimidade (ou a *capacidade judiciária*) dos referidos Ofícios extrajudiciais, o que levanta a seguinte questão: a se manter essa “evolução jurisprudencial”, o que fazer com aquelas tantas demandas que foram propostas contra os Cartórios (e somente contra eles) com base na *confiança legitimamente* depositada na antiga jurisprudência do STJ ? Seria o caso de extinguir, v.g., uma ação em trâmite em segundo grau de jurisdição que com inegável justiça e acerto condenou um Cartório a indenizar um ato ilícito grave praticado por seus serventuários ? Vemos aí – e em tantos outros *overrulings* recentes e sob expectativa⁵⁵⁴ – nitidamente o *risco de tumulto*

⁵⁵² Assim a ementa: “(...) Depois da citação, estabilizada a relação processual, já não é possível converter a ação de execução em ação monitória. Embargos de divergência conhecidos e providos”. (REsp 575.855/ES, 2ª Seção, Rel. Ministro Ari Pargendler, j. em 27/09/2006, www.stj.jus.br).

⁵⁵³ Neste julgamento, decidiu ao final o STJ manter sua orientação, entendendo que as *astreintes* pertencem integralmente à parte, e não ao Estado (nem meio-a-meio), como cogitou alguns Ministros, que ficaram vencidos na tentativa de alterar o entendimento da tese (v. REsp 949.509/RS, 4ª Turma, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, m.v., j. em 08/05/12, www.stj.jus.br). De toda forma, fosse mesmo alterada a interpretação, seus consectários seriam objeto de debate diante dos efeitos retroativos do *overruling*, na medida em que, dessa forma, a Fazenda até poderia postular (repetir) verbas de multas moratórias que no passado foram pagas (ilegitimamente, portanto) na sua totalidade aos exequentes.

⁵⁵⁴ O STJ recentemente reviu sua orientação a respeito da interpretação do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, dizendo agora que a denúncia da lide nas ações consumeristas é proibida em qualquer circunstância, seja no caso de responsabilidade pelo fato do produto, sem no caso de responsabilidade pelo fato do serviço (REsp 1.165.279/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22/05/2012, www.stj.jus.br). Fica a indagação sobre os efeitos desse *overruling* em relação a todas as denúncias em curso: deverão elas ser julgadas prejudicadas, mesmo aquelas já sentenciadas, nas quais se detectou uma inegável responsabilidade do litisdenunciado ? Também atinente à legitimidade de parte, notamos recentemente a reformulação da jurisprudência do STJ alusiva à *legitimidade* para repetição de indébito

processual sobre o qual o Superior Tribunal de Justiça, *data venia*, não tem refletido adequadamente.⁵⁵⁵

Tais comentários impõem tratar, oportunamente, a *preservação da coisa julgada* em face dessas reformulações jurisprudenciais em torno de regras de processo. A rigor, porque as decisões processuais podem refletir na validade da coisa julgada, pois o *error in procedendo* e em geral a violação ao devido processo legal é fundamento de ação rescisória (art. 485, inc. I, CPC), sem contar as outras hipóteses específicas (art. 485, II, IV, VI, VII CPC), a reflexão sobre a limitação das consequências decisórias em tais circunstâncias é absolutamente necessária para impedir uma eventual enxurrada de rescisões de sentenças de mérito, desrespeitando a segurança jurídica que tal instituto visa tutelar. Assim, embora em nosso modo de ver a coisa julgada deva ser preservada das mutações do direito, mesmo quando está em jogo o direito constitucional,⁵⁵⁶ no que

tributário pelo substituto tributário. Cabe realmente indagar o que fazer com as ações em curso, ajuizadas pelo contribuinte *de fato*, baseadas na jurisprudência antiga do STJ que assim admitia (e que mudou para dizer agora que o contribuinte *de direito* é que deve buscar a repetição): serão todas extintas, mesmo aquelas demandas que esteja em grau de recurso? Claro que nestes casos será necessária uma modulação, ainda que incidentalmente, para acomodar os efeitos perniciosos dessas viradas jurisprudenciais. Sobre o tema, v. o artigo de Leonardo e Silva de Almendra Freitas, *op. et loc. cit.*, p. 90 e ss., tratando da modulação e do problema dessa virada da jurisprudência tributária com reflexos no processo civil.

⁵⁵⁵ Tais oscilações jurisprudenciais nos faz ter um imenso receio quando vislumbramos novas teses processuais defendidas pelos juristas, por exemplo, aquela que pretende relativizar a aplicação das Súmulas 292 e 528 do STF, as quais incidem também no sistema recursal do STJ. De fato, por tais enunciados, quando presidente do tribunal *a quo* defere um recurso especial apenas por suposta violação a um determinando artigo de lei, o STJ e o STF entendem que tal fato não limita a apreciação do apelo extraordinário, que poderá tocar em todas as questões recursais, sem distinção. Todavia, a doutrina tem defendido que tal tese deve ser relativizada quando se tratar de recursos especial-extraordinário aviados contra capítulos decisórios; neste caso, se o recurso especial-extraordinário vier a ser conhecido em relação a uma violação legal apenas em relação a um determinando capítulo da decisão, caberá a parte ingressar com agravo contra o despacho denegatório em face da decisão da presidência, sob pena de preclusão (v. “Nota aos Enunciados 292 e 528 da jurisprudência predominante do STF: a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários”, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, *Repro* 157, p. 303). A despeito do acerto ou não desse entendimento, viesse o STJ passar a entender assim, por influência dessa nova doutrina, o que ocorreria com as partes recorrentes que, embora com seu recurso especial admitido pela presidência do tribunal *a quo* (por violação em tese de apenas um dentre tantos artigos considerados vulnerados, em face de apenas um capítulo), deixou de apresentar agravo contra a parte denegatória da referida decisão (que afastou as demais violações indicadas) de admissibilidade da presidência do tribunal *a quo*? Decretar a preclusão da “violação” não recorrida, impondo-se à parte recorrente um ônus que, à época, pela jurisprudência sumular existente, ela não tinha ou, ao menos, não era claro? Em outras palavras: seria o caso de punir a parte por não ter ajuizado um recurso cujo cabimento era jurisprudencialmente afastado? Como se vê, em certas hipóteses o *overruling* processual obriga que o tribunal superior, por uma simples questão de razoabilidade e de justiça, respeite a orientação que ele próprio, no passado, instituiu.

⁵⁵⁶ Vale lembrar, porém, que o Supremo Tribunal Federal tem deixado de lado a Súmula 343 (interpretação controvertida) quando a ofensa for à disposição *constitucional*, pois “a manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional”, de modo que “cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal” (EDcl no RE 328.812, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u., j. 06/03/2008, www.stf.jus.br).

concordamos com as lições dos juristas de escol,⁵⁵⁷ entendemos que adição de modulação a um precedente *processual* evitará qualquer discussão a esse respeito: as sentenças abrangidas pela preclusão máxima obviamente não serão passíveis de modificação rescisória a partir das novas interpretações jurisprudenciais prospectadas (ideia essa que se aplica também aos precedentes processuais inéditos, com vistas a impedir que interpretações definitivas da lei impostas por precedentes dos órgãos de cúpula apanhem sentenças transitadas em julgado fundadas em diversa exegese da lei processual – v. Cap. 5.5.1, *infra*).

Em suma: a análise de todos esses casos concretos estão a indicar, em linhas gerais, que a segurança jurídica dos litigantes na adoção de uma jurisprudência processual deve ser *garantida* na dinâmica de revisão dos precedentes, com vistas aos *sintomas* causados por tais reviravoltas em relação às ações em curso, máxime o perigo de causar tumulto. Sempre que o tribunal superior tiver elementos para, segura e concretamente, antever o acontecimento desses consectários problemáticos de sua nova interpretação, será preciso então analisar seriamente se é ou não a hipótese de prospectar ou acomodar seus efeitos, a partir da utilização dos métodos predispostos ao seu alcance. Nesse senso, reafirmamos que só a confiança legítima no precedente processual abandonado não basta para autorizar o diferimento da eficácia do *overruling*, pois sempre deve haver um *juízo de ponderação de valores*, observadas as *circunstâncias especiais* de cada situação. A esse propósito, é de bom alvitre lembrar que a aplicação do princípio da proporcionalidade não significa que o princípio cedente deva ser “declarado inválido”, nem que nele seja incluída uma “cláusula de exceção”, a partir do que poderia se sustentar sua vulneração (i.e., a infringência do princípio deixado de lado). Na verdade, o que ocorre nesse *contrabalanceamento* principiológico é apenas a declaração, naquele caso concreto (i.e., sob determinadas

⁵⁵⁷ Nesse sentido, Flávio Yarshell, *Ação Rescisória*, *op. cit.*, p. 242 e ss., em especial a advertência, segundo a qual, “atenuar a garantia da coisa julgada é invadir o campo da segurança jurídica, que pode e deve ser vista também como garantia constitucional, ligada ao que a doutrina europeia recente – certo que em contexto ligeiramente diverso – tem tratado como confiança legítima” (p. 243), complementada pela visão do doutrinador sobre a limitação mesmo do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, que não pode abranger a coisa julgada, sob pena de violação à Constituição (p. 256). No mesmo rumo dessas lições, v. Luiz Guilherme Marinoni, que traz, dentre vários argumentos, um que nos parecer deveras interessante: “se a decisão de inconstitucionalidade pode não retroagir para não atingir situações que se consolidaram à época em que a lei produzia efeitos, é fora de sentido que a decisão de inconstitucionalidade possa retroagir para apanhar as decisões acobertadas pela coisa julgada material. Quem tem a seu favor decisão revista pela coisa julgada não praticou ato que se consolidou apesar da lei inconstitucional, mas tem do seu lado o ato do Poder Público [judiciário] que, além de autônomo em relação ao ato legislativo declarado inconstitucional, concretiza – mais do que uma garantia de imodificabilidade de precedente ou de decisão orientadora de condutas – uma confiança que o próprio sistema define como justificada na imodificabilidade da decisão que, particularmente e de modo especial, lhe resguardou uma situação de vantagem” (*Precedentes Obrigatórios*, p. 456).

condições), de *precedência* de um princípio em face do outro.⁵⁵⁸ É essa precedência, portanto, que irá facultar ao tribunal, *em casos extraordinários*, flexionar os limites de sua novel decisão processual para prestigiar, v.g., a segurança jurídica em vez do princípio da isonomia, no momento em que tiver que decidir que somente as demandas *ajuizadas* não serão afetadas pela nova regra, e assim por diante.⁵⁵⁹ A outra face da moeda está a demonstrar que subsistirão casos em que a interpretação antiga se mostra tão absurda e infringente dos direitos constitucionais da parte que é melhor lidar com eventual “caos processual” a ter de aceitar a convalidação de atos incoerentes com a nova realidade introduzida pela mutação do direito. Um aresto que fixe a interpretação de dada norma de processo para, v.g., afirmar o descabimento de uma *prova* pode ser tão grave à luz do princípio da ampla defesa que será melhor admitir os efeitos retroativos do *overruling*, a manter um estado de coisas no qual o litigante não obteve o bem da vida exatamente em virtude da vedação à obtenção da referida prova (ou não,⁵⁶⁰ conforme o caso). Nesse contexto, afirmamos convictamente que a revogação de uma “jurisprudência defensiva” também deve retroagir, dentro do possível, por revelar-se *arbitrária*.⁵⁶¹ De todo modo e a par de tais considerações, é a *casuística* que definirá propriamente as hipóteses de modulação de precedentes interpretativos do direito processual civil em situações de

⁵⁵⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

⁵⁵⁹ Por exemplo, *prevalecerá* o princípio da segurança jurídica dos litigantes sobre o do juiz natural, quando houver *overruling* de tese de competência absoluta, para evitar nulidades em enxurradas e, em geral, *prevalecerá* a segurança jurídica sempre que uma mutação da interpretação do direito processual excepcionalmente causar reflexos nos processos findos e pendentes, de forma que se admita melhor *conservar* a tese pretoriana até então sufragada em vez de outros princípios que porventura venham a ser atingidos com tal deliberação (de não-retroagir a declaração judicial do direito).

⁵⁶⁰ De novo vale trazer à baila o julgamento do famoso caso *Linkletter v. Walker*, no qual a Suprema Corte norte-americana resolveu *manter a condenação de um réu com base em prova que considerou posteriormente ilegal* na ocasião do reexame de precedente. De fato, o Sr. Linkletter tinha sido condenado com base em uma espécie de provas que posteriormente fora declarada pela Suprema Corte, em um outro julgamento, contrária ao princípio do devido processo legal. Com base nessa nova decisão (proferida no caso *Mapp*), o Sr. Linkletter pediu a revisão da sua condenação, que foi *denegada* pela Suprema Corte dos EUA, que afastou o efeito retroativo à aludida decisão sobre a inconstitucionalidade da prova.

⁵⁶¹ Recentemente o STJ revogou uma de suas “jurisprudências defensivas” sobre processo civil e passou a admitir a complementação do traslado do agravo de instrumento para sanar a eventual ausência de peças facultativas (v. REsp 1.102.467/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, v.u., j. 02/05/2012, www.stj.jus.br). Certo que as antigas decisões de não-conhecimento de recursos por falha de traslado, por não estarem em tese sujeitas à ação rescisória (não consubstanciam decisões de mérito), certamente não poderão ser mais tocadas, cabendo à parte conviver com a injustiça. Todavia, os casos nos quais ainda caiba recurso, qualquer que seja ele (inclusive Embargos de Declaração), e possa de algum modo ensejar reconsideração, deverão ser afetados pelo *overruling* que, no caso, veio para corrigir uma *grande injustiça* contida na jurisprudência defensiva outrora praticada na Corte. E assim, em senso similar, deverá ocorrer em face do *overruling* praticado em setembro de 2012 pelo STJ em relação à comprovação posterior da tempestividade do recurso especial, conforme dá conta notícia recentemente veiculada: “a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça admitiu a comprovação posterior de feriado local ou suspensão de expediente forense no tribunal de origem que implique prorrogação do prazo para interposição do recurso especial. A decisão, unânime, altera a jurisprudência do STJ, que passa a acompanhar entendimento firmado em março último pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 626.358” (www.stj.jus.br).

virada, pois, como também já dissemos alhures, *não existem nessa seara “fórmulas-prontas”* para dizer se determinada circunstância obrigatoriamente ensejará o uso do mecanismo.

5.5.2. Nos julgamentos inéditos em matéria processual.

O problema da interpretação judicial do direito processual não se subsume apenas aos eventos de reformulação (*overruling*), mas atine também aos chamados *precedentes inéditos* sobre questões controvertidas nascidas em razão de uma lei omissa ou imprecisamente redigida, associada à genialidade dos doutrinadores sobre os aspectos oriundos do entendimento desse complexo ramo da ciência jurídica que é o processo. Em verdade, trata-se aqui de refletir a respeito de fenômeno similar ao denominado “case of first impression” da *common law* em relação às decisões de última instância que tenham como pano de fundo o direito processual civil, penal ou administrativo. As primeiras decisões do tribunal superior afinando uma divergência doutrinária ou pretoriana terá o efeito de fazer com que os atos praticados em ações judiciais com base na corrente abandonada sejam considerados *processualmente desconformes*. Especificamente, os atos efetivados com base em uma lei declarada pela primeira vez ilegal ou inconstitucional terão o mesmo destino do desfazimento por falta de amparo legal ou da revogação. São fenômenos com real capacidade de ofender a segurança jurídica dos litigantes e outros tantos princípios constitucionais e processuais, a exigir (eventualmente) o uso de alternativas que possam mitigar os impactos declaratórios da lei-precedente,⁵⁶² conforme, aliás, a prática judiciária nos tem demonstrado.

Com efeito, no controle de constitucionalidade de normas processuais, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a lei estadual que ofertava assistência judiciária gratuita aos servidores públicos (ADI 3.022/RS), ponderou os *resultados da anulação da lei* nos processos nos quais as defesas ilegítimas foram apresentadas. Aludiu-se também às *dificuldades práticas* desses processos terem de ser assumidos por novos advogados (particulares), de forma que, apesar da inconstitucionalidade da norma, resolveu manter o *status quo ante*. Esse mesmo estado anterior foi preservado no julgamento da ADI nº 3.819/MG, referente à *ilegalidade* da norma que permitiu a investidura de Defensores Públicos *sem concurso*, com vistas à proteção de um *bem de maior importância* (=

⁵⁶² No Capítulo precedente (v. Cap. 5.4) pudemos provar que a *teoria da fungibilidade recursal* é expressão da modulação dos efeitos de precedentes judiciais, cuja aplicação é postergada para o futuro, para não prejudicar a aptidão dos recursos diversos interpostos enquanto não existia definição jurisprudencial sobre qual o apelo adequado.

princípio da universalização da Justiça), embora o problema do “colapso” administrativo que significaria a imediata exoneração de tais funcionários não tenha sido deixado de fora da discussão. De igual forma, na ADI 3.601/DF, a Suprema Corte *conservou a higidez de processos administrativos antigos*, relativizando a nulidade de atos processuais por força da declaração de inconstitucionalidade de lei disciplinar; na espécie, o argumento desenvolveu-se no sentido de que esses feitos administrativos impuseram a demissão de maus funcionários que poderiam retornar ao cargo alegando que foram julgados por procedimentos administrativos instituídos *sem base processual-legal*. Para lidar com todos esses graves problemas, o STF decidiu dizer que anulava a lei, mas mantinha os efeitos (*processuais*) por ela produzidos até aquela data. E agiu assim também na ADI 2.797, preservando a validade de *todos os atos processuais* que eventualmente tenham sido praticados em processos de improbidade administrativa e ações penais contra ex-detentores de cargos públicos e de mandatos eletivos, sentenciados anteriormente ao abrigo dos §§ 1º e 2º do artigo 84 do CPP (isto é, no período de vigência da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002 até 15 de setembro de 2005, dia em que foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte), para garantir a segurança jurídica (prevaleceu, no caso, o interesse público sobre o interesse individual de quem é acusado da prática de crime quando exerce função pública ou mandato coletivo).

Referidos precedentes julgados pelo STF estão a nos dar um *elemento concreto* que deve ser valorado para fins de entendimento da técnica de temporalização das decisões, qual seja, *o perigo de nulidade ou desfazimento de atos processuais consumados* e, de uma forma mais genérica, o *choque processual* resultante do reajustamento dos feitos em curso em razão no novel enquadramento jurídico gerado pela anulação da lei que amparava os feitos no passado; assim, tal como ocorre no *overruling*, ocasião em que perfaz um *juízo de legalidade* sobre dada norma de natureza processual, o tribunal superior está obrigado a ingressar na temática referente à modulação. Aliás, também aqui deverá debruçar-se sobre o tema *ex officio*,⁵⁶³ já que a matéria envolve a própria *ordem pública* (= segurança jurídica; interesses sociais e econômicos), de forma que, se os elementos concretos permitirem, o tribunal *deixará o passado como está*, manifestando que sua interpretação valerá apenas para o *futuro* (ou determinará ajustes específicos das repercussões externas de seus precedentes) – v.g., o STF agiu assim, de ofício,⁵⁶⁴ ao ajustar na ADI nº 2.907-0 os

⁵⁶³ A obrigação de analisar os efeitos do precedente é de certo modo um processo natural no sistema da *common law*. Consoante a suma de William L. Reynolds, em análise do *judicial process* norte-americano, ao proferir uma decisão, *o tribunal deve estar atento aos impactos que ela irá causar aos litigantes e às situações futuras*, i.e., àqueles que tiveram suas atividades afetadas pela decisão tomada (*op. cit.*, p. 180).

⁵⁶⁴ Não consta do teor do acórdão da ADI 2.907-0 a menção a pedido expresso da defesa ou do autor para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

efeitos de uma Portaria inconstitucional do TJ/AM que se refletia no expediente forense, para não “dar pretexto para anular *qualquer* ato praticado”, protegendo a higidez de *atos processuais* consumados na constância daquela ilegal Portaria.⁵⁶⁵

Pois bem, os princípios que norteiam o direito processual civil moderno dão total apoio a esse tipo de modulação decisória. Isto porque a conservação dos atos praticados sempre foi a pedra de toque do *princípio da instrumentalidade*,⁵⁶⁶ segundo o qual o processo deve ser encarado como *meio* (de obter o direito material) e não um fim em si mesmo. A *efetividade do processo*, no qual se inclui o *princípio da duração razoável* (art. 5º, LXXVIII, CF), não deve ficar de fora dessa ponderação, pois o tribunal deverá analisar se é melhor conviver com situações processualmente ilegítimas a ter que adaptá-las à sua última interpretação judicial, a custo de tempo e dinheiro que foram despendidos pelas partes litigantes, sem contar o risco da impunidade. Por isso, a rigor, a *concatenação* entre o que se entende por “segurança jurídica” e as demais cláusulas de alicerce do processo como Ciência, devem servir ao juiz para deliberar sobre a oportunidade de utilizar a técnica de reajuste dos efeitos decisórios externos ou transcendentais, que servirá simultaneamente a dois objetivos: (i) beneficiar a celeridade/efetividade do processo, com o aproveitamento dos atos processuais que atingiram o seu objetivo e (ii) conservar a segurança jurídica daqueles que, por exemplo, confiaram em uma dada orientação controvertida (doutrinária ou jurisprudencial), que veio a ser pacificada em outro sentido somente após a *concretização* do ato processual.

Neste diapasão, decidiu acertadamente a 4ª Turma do STJ ao reconhecer que, *na pendência de três diversas posições doutrinárias* da Corte sobre o remédio processual adequado para destrancar recurso especial obstado com base no art. 544 do CPC, *acolheria todas essas simultâneas teses divergentes* durante os primeiros seis meses do ano de 2000 ou até que a Corte Especial viesse a pacificar a matéria, para *evitar “surpresas” aos litigantes* (v. MC 2.454/RJ). E conforme salientou José Rogério Cruz e Tucci a propósito, “esse pronunciamento judicial, além de claro e corajoso, ostenta inegável cunho técnico-pedagógico, ao definir o remédio cabível contra a decisão que determinar a retenção indevida do recurso especial: agravo de instrumento. *Revela, ademais, notável consciência da lealdade que deve fluir da função judicante, ao transmitir segurança jurídica aos*

⁵⁶⁵ Sobre este julgamento específico, Georges Abdoud manifestou-se para dizer que se trata de um “típico exemplo em que a modulação de efeitos deve ocorrer para preservar os atos praticados pelos particulares diante de um regime de legalidade que eles confiavam ser regular e constitucional. Nessa hipótese, a modulação de efeitos preserva a confiança dos cidadãos na Administração Pública, preservando direitos adquiridos e atos celebrados, o que, por sua vez, acarreta a preservação do interesse social” (*op. cit.*, p. 296).

⁵⁶⁶ Cintra-Dinamarco-Grinover, *op. cit.*, p. 347.

jurisdicionados tendo em vista situação processual já consolidada (alicerçada, com toda certeza, em precedentes do próprio STJ). *Estipulada a ‘regra do jogo’, de antemão e dentro de um prazo suficiente, evita-se, com efeito, a retroatividade de orientação jurisprudencial, fato que impede a perpetração de qualquer ‘emboscada’ aos advogados*”.⁵⁶⁷ Deveras, a incerteza que advém de uma nova orientação pretoriana em substituição à consolidada no passado acarreta um *custo social e econômico elevadíssimo*, mesmo nos sistemas que não prevejam eficácia vinculante imediata do precedente, pois “a incerteza gerada pela mudança somente pode ser eliminada depois de um período relativamente considerável para que seja consolidada a nova regra”.⁵⁶⁸

Com razão, a *previsibilidade do direito*, cerne do princípio da segurança jurídica, cuja proteção se almeja a partir da imunização dos nefastos consectários que advêm da *variedade de julgados* sobre matéria processual, não pode deixar de ser objeto de detida reflexão. O uso da modulação, na seara dos *primeiros precedentes* oriundos dos ditos tribunais constitucionais dirimindo divergências de natureza procedimental, servirá de *instrumento* válido para evitar essas *emboscadas* que se apresentam aos advogados no cotidiano forense.⁵⁶⁹

Por isso mesmo andou bem a 1ª Turma do STJ (v. AgRg 827.293/RS) ao relativizar a *retroatividade* do pronunciamento da sua Corte Especial sobre a necessidade de ratificação do recurso especial interposto anteriormente ao exame dos embargos declaratórios, forte no princípio da *segurança jurídica* e na necessidade de *conservação de atos processuais*, reconhecendo o STJ neste julgamento, posto que subliminarmente, um alto grau de formalismo em sua nova jurisprudência (no sentido de ser obrigatória tal ratificação recursal), que é denominada “defensiva” e apontada como “arbitrária” pela doutrina. A *Turma* obtemperou os efeitos da decisão da *Corte Especial* sobre o tema, para regular que ela *não poderia ser aplicada às situações anteriores à sua publicação, visando com isso convalidar as duas teses outrora divergentes* (porque não havia meios de saber sobre a existência firme do requisito de procedibilidade recursal *criado a partir de uma inusitada interpretação do STJ* das regras recursais contidas no Código de Processo Civil).⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ *Op. cit.*, p. 312.

⁵⁶⁸ Cf., ainda, Cruz e Tucci, *Precedente Judicial*, cit., p. 311.

⁵⁶⁹ Aliás, há um problema, nessa seara, até de *ordem institucional*, porque os advogados desafortunados que tiverem optado por uma tese que não veio a ser a considerada como correta (v.g., sobre cabimento de um recurso ou prazo processual) estarão sujeitos até mesmo a uma *ação de responsabilidade* intentada pelo cliente.

⁵⁷⁰ E vice-versa, a Seção também poderá modular as decisões das Turmas. Quer dizer, a modulação nos parece ser uma eficaz válvula de escape para os tribunais superiores, em especial o STJ, contornar a *vasta produção de precedentes processuais* em virtude das mais diversas celeumas que são a eles dirigidas cotidianamente em virtude da interpretação do Código de Processo Civil, fenômeno esse que,

Denota-se dos casos até agora julgados pelos tribunais e na seara do que estamos a defender, que, realmente, a técnica modulatória de precedentes tem grande campo de incidência quando se trata da apreciação das celeumas tipicamente processuais, da qual advém pela *primeira vez a nova regra a partir do texto interpretado*. Por isso, lembramos que a “criação” de um requisito recursal via atividade judicial não pode de forma alguma surpreender aqueles recorrentes que se valeram no passado do texto gramatical da lei ou de uma razoável interpretação doutrinária que não o cogitava. Tal exemplo nos leva a concluir que o ajustamento de eficácia do precedente, em tais circunstâncias, deve ser uma *imposição automática* à chamada “jurisprudência processual defensiva”, com o objetivo de evitar que o tribunal superior conjecture interpretações forçadas da lei só com o intuito de esvaziar seus acervos.⁵⁷¹ Em outras palavras, sendo a técnica ora cuidada uma *imposição constitucional* por respeitar o princípio da segurança jurídica, é lícito afirmar que o STJ está terminantemente proibido de criar requisitos processuais alusivos aos recursos especiais sem que o precedente neste sentido seja, inclusive *como prova de boa-fé e idoneidade moral da Corte*, sujeito a alguma ponderação temporal, a exemplo do que já foi feito no julgamento do retrocitado AgReg 827.293/RS, da relatoria do Ministro José Delgado.

Continuando a debater as consequências do afinamento das divergências sobre a interpretação do direito processual civil, apto a gerar uma *decisão inédita* sobre o tema que merecerá ser aplicada apenas *pro-futuro*, para não ensejar embaraços aos feitos pendentes (cujas partes se valeram, *e.g.*, do entendimento não albergado), temos que relevar também o problema relacionado à *concorrência de jurisdição recursal* existente entre o STJ e o STF, agora trazido para análise à luz da matéria processual.

Pensando na questão com base em um exemplo contemporâneo, lembramos que na jurisprudência do STJ vigora o entendimento segundo o qual as decisões interlocutórias somente transitam em julgado – e assim se tornam suscetíveis de serem atacadas por meio de ação rescisória – no momento em que a sentença de mérito que a sucede transitar, em razão da impossibilidade de haver a chamada “coisa julgada por etapas” (i.e., a orientação

invariavelmente, faz com que precedentes recém-editados sejam (rapidamente ou não) superados por outros de outras Turmas ou mesmo dos órgãos plenários (Seções ou Corte Especial, no STJ). Exemplificando, a superação de uma orientação sumular advinda de uma Seção poderá ser revertida sem efeitos danosos pela Corte Especial com o lançamento *pro-futuro* dos efeitos da nova jurisprudência.

⁵⁷¹ Esse é o *lado mau* da interpretação judicial. Isto é, quando o juiz passa atribuir à lei sentidos jamais imaginados e em total descompasso com os valores que o legislador pretendeu inserir no sistema normativo, criando regras jurídicas novas e individuais, desvia da sua missão de descobrir a lei e passa a agir como legislador (v. Nojiri, *cit.*, p. 146). No caso da jurisprudência processual defensiva, portanto, a atividade judicial acaba por costurar *regras restritivas* de direito processual que jamais foram almejadas pelo legislador moderno, segundo o qual o acesso à justiça deve ser *amplo*, e não restrito.

do STJ, sufragada pela Súmula 401,⁵⁷² refuta a denominada “coisa julgada progressiva”, inclusive por “capítulos”). Desse modo, o advogado que, consultado sobre o cabimento de uma ação rescisória em face de uma interlocutória de mérito (v.g., que afastou a prescrição),⁵⁷³ aconselhar seu cliente a *aguardar* o trânsito em julgado da sentença típica de mérito, certamente estará ao lado do bom direito, tal como este é afirmado pelo STJ (art. 105, inc. III, CF). Sucede que a coisa julgada encontra também guarida na Constituição Federal (inc. XXXVI, art. 5º) e, em sentido oposto ao da Súmula 401 do STJ, tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal (embora *implicitamente*, em outro contexto) a viabilidade de se formar a coisa julgada material *por etapas*⁵⁷⁴ (i.e., diversas decisões transitando em julgado em tempos processuais diversos, conforme os capítulos da sentença), no que é seguido pelo Tribunal Superior do Trabalho, expresso sobre o assunto.⁵⁷⁵ Supondo-se venha o STF fixar em definitivo a tese do cabimento da coisa julgada por capítulos ou etapas, *contrariando* (i.e., *revogando*) o enunciado da retrocitada Súmula 401-STJ, em prol de uma adequada interpretação constitucional, não há a menor dúvida de que a ação rescisória indicada na hipotética consulta formulada ao advogado acima exemplificada estará fadada à *decadência* se houverem passado mais de dois anos da decisão interlocutória objeto daquela opinião legal !

A hipótese acima ilustrada afigura-nos oportuna para aprofundar a discussão a respeito da necessidade de modular os pronunciamentos dos tribunais superiores que *delimitam* definitivamente a exegese da lei processual, na medida em que é inaceitável impor prejuízos àquele que, *acreditando na jurisprudência sumulada do STJ*, deixou de

⁵⁷² Súmula 401: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”. Em artigo escrito sobre o assunto, Rafael Flach observa que essa corrente adversa à coisa julgada progressiva “defende que apenas uma sentença de mérito, nomeadamente a última, é capaz de formar a coisa julgada material. Outras, do mesmo teor, proferidas no curso do processo, ficarão preclusas, mas não estarão acobertadas pela imutabilidade própria da coisa julgada material. Como consequência, não se poderá cogitar de impugnar tais decisões em separado via ação rescisória” (v. “A Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça e a coisa julgada progressiva”, *in Repro* nº 185, p. 187).

⁵⁷³ Ou mesmo um independente capítulo da sentença de mérito não recorrido.

⁵⁷⁴ “(...) Ação cautelar julgada procedente. Ofensa à coisa julgada. Interpretação do art. 5º, XXXVI, da CF, e dos arts. 2º, 262, 467, 509 e 515, todos do CPC. Sob pena de ofensa à garantia constitucional da coisa julgada, não pode tribunal eleitoral, sob invocação do chamado efeito translativo do recurso, no âmbito de cognição do que foi interposto apenas pelo prefeito, cujo diploma foi cassado, por captação ilegal de sufrágio, cassar de ofício o diploma do vice-prefeito absolvido por capítulo decisório da sentença que, não impugnado por ninguém, *transitou em julgado*” (AC 112, Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, v.u., julgado em 01/12/2004, www.stf.jus.br).

⁵⁷⁵ Enunciado nº 100 do TST: “Prazo de Decadência - Ação Rescisória Trabalhista. I - O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não. II - *Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial*”.

ajuizar a ação rescisória contra uma decisão interlocutória de mérito preclusa, até porque se assim fizesse certamente tal demanda estaria fadada à extinção por falta de interesse de agir (ausência do preenchimento do requisito “trânsito em julgado”). É preciso, pois, que os tribunais constitucionais atem a essas especificidades nas hipóteses em que se põem a inovar criando regras mediante a interpretação definitiva da norma, *obtemperando os impactos do precedente na vida processual das causas em curso*, com o objetivo de não causar um tumulto extremo. Assim – e para não deixar de concluir a respeito do exemplo indicado sobre a coisa julgada em etapas –, estamos convictos de que o Supremo Tribunal Federal teria aí fundamentos razoabilíssimos para convalidar temporalmente o enunciado do STJ, protegendo a *confiança legítima* nele depositada.

Com vistas ao encerramento da análise dessa polêmica sobre o *conflito de jurisdições superiores*, trazemos ainda à lembrança decisão pela qual o STF superou a interpretação do STJ sobre a invalidade de julgamentos colegiados formados por magistrados convocados de primeira instância, implantados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo por meio de *ato administrativo*. Entendendo que a matéria era de cunho constitucional (princípio do juiz natural), a excelsa Corte ingressou no mérito da questão para *convalidar* os julgamentos do TJ/SP outrora anulados em massa pelo STJ.⁵⁷⁶ Na espécie, em nosso ver, houve uma certa inclinação do Supremo pela *confirmação* da validade dos citados julgamentos (cíveis e criminais) efetivados pelo TJ/SP para não criar uma confusão enorme decorrente da sua anulação. Entretanto, talvez aqui estivesse o STF diante de um contexto que pudesse autorizar a manipulação de seu julgado, caso em que poderia convalidar os julgamentos irregulares até então realizados sob tal fórmula, para evitar o tal *caos processual*, sem prejuízo de reconhecer – *ex nunc* – a nulidade do ato administrativo do TJ/SP que instituiu a formação de tais Câmaras recursais com juízes de primeiro grau, inclusive para *desestimular a criação de irregularidades processuais* a

⁵⁷⁶ Confira-se a celeuma por esta ementa detalhada: “ 1. Já prevalecia nesta Corte o entendimento de que não há impedimento à convocação de Juízes de primeiro grau para atuarem no Tribunal em substituição eventual de Desembargadores, desde que observada a lei de regência. Considerava-se, ainda, não afrontar ao princípio do juiz natural a composição majoritária do órgão julgador por Juízes convocados, desde que exercessem a jurisdição em Órgãos fracionários criados ordinariamente por leis federais ou estaduais, conforme o caso. 2. Entretanto, esta Corte tinha por inválida a arregimentação em sistema de voluntariado, por parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de Juízes de primeiro grau para a formação de Câmaras Criminais extraordinárias. 3. Necessidade de revisão de tal entendimento, após decisão Plenária do Supremo Tribunal Federal que julgou válida a instituição, por parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de Câmaras Criminais extraordinárias formada majoritariamente por juízes de primeiro grau, arregimentados em sistema de voluntariado (HC 96.821/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 08/12/2010). (...)” (HC 157.266/SP, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. em 22/11/2011, DJe 02/12/2011, www.stj.jus.br).

partir de meros provimentos internos,⁵⁷⁷ similarmente ao que se procedeu na ADI 2.907, a respeito da alteração do expediente forense por ato da Presidência do TJ do Amazonas.⁵⁷⁸

A análise de todos esses casos julgados revela, de modo geral, que a averiguação da pertinência de adaptar ou não a eficácia do *decisum* do STF, no momento em que este revoga uma posição consolidada do STJ, está aqui também muito ligada à *especificidade concreta do processo*, ou seja, ao conteúdo de cada demanda. Há, com efeito, situações nas quais a confiança na higidez e perpetuidade da Súmula do STJ mostra-se totalmente justificável, máxime quando se está diante da análise da lei federal que dispõe sobre o *processo civil* (CPC), cuja interpretação final é conferida ao STJ (art. 105, inc. III, alíneas “a” e “c”, CF/88). Em tais circunstâncias, é fácil perceber que o fenômeno – consistente na revogação da jurisprudência do STJ por decisão do STF – aproxima-se até mesmo de um *overruling*, tendo em vista que as duas cortes estão situadas no mesmo patamar institucional, a partir do exame das suas respectivas funções à luz da Constituição (arts. 102 e 105 CF). Todavia, no tocante ao *direito tributário e administrativo*, amplamente normatizado na Constituição Federal, a crença em um enunciado ou jurisprudência do STJ deve ser *extremamente cautelosa*, porque a última palavra sobre o tema poderá estar reservada à Suprema Corte.⁵⁷⁹ Quer dizer, portanto, que esta problemática resolve-se, na

⁵⁷⁷ No final do ano de 2011 o Tribunal de Justiça de São Paulo publicou a Resolução 549 mediante a qual cria os “julgamentos virtuais”, desrespeitando o previsto no Código de Processo Civil (que impõe o julgamento dos recursos em sessões públicas, cf. arts. 528, 537, 551, § 2º, e 552, 554, 556 e 557, § 1º, CPC), tratando-se, portanto, de *norma inconstitucional*. Os precedentes dos tribunais superiores que vierem a declarar ilegítima essa forma de julgamento terão a opção de anulá-los por vício de legalidade/constitucionalidade, tornando sem efeito milhares de acórdãos (decisão retroativa, *ex tunc*), ou, alternativamente, prospectar os efeitos da sua jurisprudência, para convalidar os julgamentos virtuais ilegítimos (decisão *pro futuro*), com vistas a evitar uma caótica situação processual.

⁵⁷⁸ A tese da nulidade que vinha sendo até então sufragada pelo STJ nos parecia mais consentânea com os rigores da lei, tendo em vista que tais julgamentos recursais praticados por juízes de primeira instância (alguns deles novíços) acabaram por frustrar a principal função do recurso, que é levar a causa à revisão de juízes mais experientes (desembargadores ou juízes de segundo grau convocados), violando, ao mesmo tempo, as previsões sobre o assunto contidas na Lei Orgânica da Magistratura, nos Códigos Processuais e, especialmente, na Constituição, porquanto a formação dessas “Câmaras Especiais” significou verdadeiro *tribunal de exceção*.

⁵⁷⁹ Lembre-se o comentado caso da Súmula 276 do STJ, que dispensava os prestadores de serviços ao pagamento da Cofins, a partir da interpretação da lei infraconstitucional, que veio a ser posteriormente confrontada por decisão do STF, que entendeu constitucional o tributo, negando a modulação (v. RE 377.457/PR e RE 381.964/MG), embora com *voto contrário do Ministro Celso de Mello* (v. ED no AG no AI nº 633.563/RJ, 2ª Turma, julgado em 19 de abril de 2011, www.stf.jus.br). Também elucidativo para entender o problema do confronto de jurisdições dos tribunais superiores o caso da revogação, pelo STF (cf. Súmula Vinculante nº 5 do STF), da orientação outrora pautada na Súmula 343 do STJ sobre a obrigatoriedade de apresentação de defesa técnica em processo disciplinar por advogado. Finalmente, para não deixar de citar um *exemplo processual*, vale recordar a divergência existente atualmente entre a posição do STJ e do STF a respeito da contagem da prescrição nas execuções fiscais. O STJ tem argumentado que a suspensão da prescrição retroage à data da distribuição da ação, aplicando ao caso o art. 219, § 1º, do CPC (AgRg no Ag 1.125.797/MS, 1ª Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, j. em 18/08/2009, www.stj.jus.br). Por outro lado, é de conhecimento que o CTN (art. 174) estabelece regra processual no sentido de que a suspensão da prescrição só pode ser contada a partir da *citação*, bem como é de conhecimento que a

forma do que temos destacado, na identificação da força exterior ou transcendente da exegese jurisprudencial do tribunal superior. A depender do contexto, a orientação do STJ pode *nascer desafinada* com a interpretação constitucional sufragada pela Suprema Corte, hipótese na qual será difícil defender algum grau de “crença razoável” que possa ter sido depositada naquela orientação do STJ, claudicante ou potencialmente contrária à Constituição ou a algum precedente do STF (inclusive à *ratio decidendi* que este sodalício venha comumente albergando em vários feitos). Já em outras situações, talvez não – e aí estará aberto espaço para a modulação do pronunciamento do STF, a fim de que a confiança legítima depositada na jurisprudência (revogada) do STJ possa ser legitimamente preservada com amparo no princípio constitucional da segurança jurídica.⁵⁸⁰

E para concluir nossas reflexões sobre o tema, notamos finalmente que, no âmbito do *processo civil*, norteados pelo princípio da *instrumentalidade*, as repercussões danosas de precedentes devem ser evitadas sempre que possível, mas, sobretudo, no ensejo das inovações legislativas, prestes a dar à luz a um *Novo Código de Processo Civil*; entendemos que será absolutamente necessário usar tais instrumentos limitadores para evitar que as *celeumas* que surgirão da aplicação da novel legislação acabem por se tornar um empecilho à *organização* das ações em curso, refletindo-se prejudicialmente na ordem social. O que queremos manifestar é que as inevitáveis lacunas do aguardado “Novo CPC” a serem inevitavelmente supridas pela *atividade judicial* exercida pelo STJ recomendará algum tipo de prospecção, para minimizar os impactos sobre os feitos em trâmite, em prol da paz social, da boa-fé dos litigantes, da celeridade e da efetividade do processo.

5.6. Sobre as fórmulas de modulação da jurisprudência processual.

As diversas “formas” ou “fórmulas” de modulação para o ajustamento dos efeitos decisórios dos precedentes esmiuçadas nos Capítulos anteriores poderão ser, *mutatis mutandis*, utilizadas no cerne da interpretação judicial do processo civil, observadas, porém, *certas peculiaridades* atinentes a este ramo científico do direito, notadamente ao chamado *direito intertemporal processual*.

jurisprudência do STF, fixada a partir do julgamento do RE 556.664 que deu ensejo à Súmula Vinculante nº 8, a respeito da impossibilidade de serem alteradas as regras do CTN (lei complementar) por meio de lei ordinária (CPC). Assim, em tese, a posição do STJ poderá ser revista pelo STF, por violação ao arts. 59, II, 146, III, “b”, da Constituição Federal, segundo o qual prevalece a regra do CTN (lei complementar) em face da disposta no CPC (lei ordinária), de forma que o entendimento final a ser sufragado deverá ser no sentido de que a interrupção/suspensão da prescrição, na execução fiscal, só se dá a partir da citação.

⁵⁸⁰ Sobre a configuração da protetividade da confiança em vista da formação dos precedentes, v. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, *op. cit.*, pp. 482/490, na qual se trata de diversos critérios legais – objetivos e subjetivos – e casuísticos para que um precedente possa ser tido como gerador de uma confiança legítima que imponha, na outra mão, a aplicação da modulação.

Com efeito, em processo civil, costuma-se dizer que *a nova lei se aplica imediatamente aos processos em curso* (v., por analogia, art. 1.211 do CPC), o que significa que a norma processual recém-editada incide nos processos já iniciados, com a obediência, entretanto, de certos *marcos rituais* (v.g., o dia da prolação da sentença, para fins de delimitação do recurso próprio), sem nenhuma pretensão de retroagir para afetar atos processuais outrora praticados (ou mesmo, evidentemente, os “processos findos”⁵⁸¹). Ou seja, “*a lei nova, ao incidir em processo pendente, não pode causar surpresas*”, constituindo isto, antes de tudo, uma *proteção* às partes que acaba por ligar-se à figura do direito adquirido.⁵⁸²

Adotando tais orientações, o precedente, *como fonte criadora de uma regra processual*, da mesma forma poderá ter seus efeitos prospectados para abarcar as demandas pendentes (presentes) e futuras, observando-se, quanto a isso, que o novo regramento não pode causar nenhuma surpresa injusta – afinal, é a segurança jurídica e a ordem social que se procura proteger com a modulação. Assim, para ilustrar, se um julgado do tribunal superior interpreta uma lei concebendo um requisito recursal, a regulação deste julgamento deverá garantir que a “nova exigência” seja considerada apenas em relação àqueles recursos ainda não interpostos, solução esta, aliás, que nada mais é do que a expressão da clássica regra de direito intertemporal segundo a qual o ato se rege pela lei vigente ao tempo de sua efetivação (*tempus regit actum*).

É, portanto, de suma importância aplicar nessa seara a teoria do “isolamento dos atos processuais”, segundo a qual a norma nova, encontrando um processo em desenvolvimento, deve observar a eficácia dos atos processuais já realizados, em respeito

⁵⁸¹ Só os processos pendentes podem ser afetados, pois os findos estão consumados e a lei processual nova não poderá desfazê-los, não havendo aqui falar em conflito de leis no tempo (cf. João Batista Lopes, *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 17). Sálvio de Figueiredo Teixeira também deixa claro que a ciência processual brasileira orienta-se pelo sistema que considera a aplicação da lei nova aos atos processuais vistos isoladamente (atos isolados). “Segundo esse princípio, a lei processual não retroage, mas tem incidência imediata, atingindo o processo em curso no ponto em que este se encontra. (...) Há, entretanto, exceções, desde que a lei expressamente ressalve (...) A regra, porém, é que as normas processuais têm aplicação imediata, resguardada a eficácia dos atos processuais até então praticados. Nesse sentido, não teriam relevância os feitos extintos, mas os pendentes” (“O recurso especial e o STJ”, loc. cit., p. 76).

⁵⁸² Cf. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, São Paulo: RT, 2006, p. 290. Em sentido similar, observa o Professor João Batista Lopes que “o princípio da irretroatividade vigora, também, no processo civil, sendo equivocada a teoria de que as leis processuais seriam retroativas. (...) não há falar em direito adquirido, nem em suposta ofensa à situação juridicamente consolidada, uma vez que a lei [processual] nova se aplica imediatamente, a partir da sua vigência, mas deve respeitar os atos praticados sob o império da lei anterior, bem como seus efeitos imediatos” (cit., p. 16).

às *situações processuais consumadas*,⁵⁸³ cuja ideia expressa a garantia do direito (processual) adquirido e da segurança jurídica.⁵⁸⁴

Veja-se, entretanto, que as normas processuais são de *ordem pública* e, por conseguinte, em alguns casos terão *incidência imediata*, abarcando atos processuais já perpetrados. Neste sentido, por exemplo, entendeu-se com relação à lei do bem de família, cuja natureza de ordem pública ensejou a desconstituição de penhoras já realizadas (v. Súmula 205 STJ⁵⁸⁵), por serem estas apenas um ato essencialmente processual executório, que se restringe a fixar sobre os bens a destinação de servirem à satisfação do crédito, não consubstanciando, propriamente, “direito adquirido” do exequente.⁵⁸⁶ De sorte que a isso também deverá estar atento o tribunal superior, cabendo fazer um *cuidadoso exame do contexto processual concretamente conflitante* para melhor decidir a respeito.

Sem dúvida, podemos inferir que diversas acomodações pontuais poderão ser conjecturadas pelo tribunal superior à luz do caso concreto, não apenas adotando a *prospecção temporal* (que pode ser usada apenas *parcialmente*⁵⁸⁷ e conforme as necessidades específicas), mas também *organizando os atos processuais* das demandas em curso eventualmente atingidos pelos efeitos transcendentais e vinculantes do precedente. Neste sentido, *e.g.*, poderá manter a retroatividade *ex tunc* de um precedente cuja aplicação represente a extinção sem julgamento de mérito de processos pendentes, mas permitir conversões de ritos ou mesmo isentar a parte do pagamento de encargos processuais,

⁵⁸³ Cf. Cândido Dinamarco (*A Reforma da Reforma*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 49 e 51), lembrando o teor do art. 158 CPC, segundo o qual “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. As mesmas ideias são defendidas pelo Professor Dinamarco no vol. I de suas *Instituições* (*cit.*, p. 101 e ss.).

⁵⁸⁴ Deve o tribunal superior, por isso, ter máximo cuidado em delimitar temporalmente a abrangência da eficácia do precedente processual para evitar discussões novas a respeito da sua aplicação, pois, como ensina Cândido Dinamarco, quando se trata da dimensão temporal das normas processuais, os atos processuais se inserem na complexidade dos procedimentos e não são “isolados” no mundo como, via de regra, os são os contratos (*A Reforma da Reforma*, p. 46).

⁵⁸⁵ Súmula 205 STJ: “A Lei 8.009/1990 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”.

⁵⁸⁶ Cf. Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, *in* “Aplicação imediata da Lei de impenhorabilidade do imóvel residencial e dos móveis quitados da residência do locatário (Lei n. 8.009, de 1990)”, *in RJTJESP* 129, p. 17. Em outra passagem observa: “não se cogita, no caso, da ocorrência de retroatividade da lei nova, uma vez que, se o negócio jurídico foi realizado com base no direito obrigacional, não previu ônus real sobre os aludidos bens. E havendo penhora, direito abstrato do credor, há de ser conceituada como mera expectativa de direito. Pertinente, por isso, a imediata aplicação da Lei n. 8.009, de 1990, aos processos em curso, mesmo porque esse é, manifestamente, o fim desejado pelo legislador e pela própria lei, que prepondera sobre aquele” (*op. cit.*, p. 20).

⁵⁸⁷ Será *parcial* quando o tribunal, *v.g.*, dizer que o precedente não se aplica *a nenhum caso pendente (já ajuizado)*, mesmo aqueles bem no seu início, para extirpar quaisquer dúvidas a respeito do direito intertemporal da regra jurisprudencial. Também usará de uma modulação temporal relativizada quando excetuar apenas as sentenças transitadas em julgado, para que estas não sofram os efeitos do novo precedente.

lidando com *parcela de seus efeitos* reflexivos;⁵⁸⁸ e assim por diante, com dezenas e dezenas de alternativas possíveis, a depender da controvérsia jurídico-processual enfrentada,⁵⁸⁹ inclusive, assim dissemos, com a aplicação daquelas ricas técnicas modulatórias usadas no controle de constitucionalidade.

Em derradeiras notas sobre o tema, salientamos que a declaração judicial do direito possui, via de regra, plena *retroatividade*, no que se opõe ao que ocorre no plano legislativo, porque a lei recém-editada deve preservar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF; art. 6º, LICC). Esta é a razão pela qual, na seara do afirmado ao longo da tese (v. Cap. 3.4.9), o conserto da eficácia do precedente que interpreta o direito processual também será absolutamente *excepcional* e dependerá das circunstâncias fáticas e jurídicas, a serem devidamente enfrentadas mediante sólida fundamentação.

⁵⁸⁸ Como vimos no capítulo antecedente, a ilustração parte do problema real alusivo ao *overruling* do entendimento a respeito da excecutoriedade do contrato de abertura de conta-corrente bancária.

⁵⁸⁹ Cândido Dinamarco, comentando o direito intertemporal das novas regras processuais, exemplifica observando que é ilegítima a retroatividade da norma que instituir uma nova impossibilidade jurídica e consequente carência de ação, depois de ocorrido o fato gerador de um direito; ou a que impusesse a multa destinada a punir os autores de atos atentatórios à jurisdição praticados antes da instituição dessa sanção em lei. Não é legítimo impor o comando de uma lei sem que ao menos, ao tempo em que o ato se realizou, ele fosse conhecido (Andrea Torrente)” (*A Reforma*, *op. cit.*, p. 46).

6. CONCLUSÕES.

No decorrer dos Capítulos tratados procuramos demonstrar que a técnica (processual) de modulação dos efeitos decisórios (dos precedentes e da jurisprudência em geral) pode ser também utilizada na *jurisdição infraconstitucional* e, a partir dessa inferência, propusemos sua aplicação aos precedentes processuais.

De fato – e à luz de algumas das *conclusões gerais* que serão abaixo enunciadas –, comprovamos que o Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da edição da Lei 9.868/99 (Lei da ADI), em diversas ocasiões utilizou-se de adaptações dos efeitos das suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade, apesar de reconhecer que a nulidade absoluta (dos atos erigidos com base na lei inconstitucional) é a *regra* do direito constitucional – e continua a ser. É inegável, portanto, que a Lei 9.868/99 veio apenas confirmar uma prática adotada pela Suprema Corte brasileira, que antes já encampava a ideia no sentido de que, como “legislador negativo” ou mesmo “positivo”, é imprescindível obtemperar alguns de seus pronunciamentos, notadamente para evitar o *caos social* resultado do abalo da segurança jurídica.

As constatações que desenvolvemos no direito constitucional bastariam para indicar que a técnica da modulação se estende aos demais tribunais superiores, inexistindo razões para dar tratamento diferenciado aos *idênticos problemas* enfrentados pelo Superior Tribunal de Justiça (e igualmente pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Tribunal Superior Eleitoral), no exercício do juízo de legalidade das normas federais (i.e., prestação, em grau extraordinário, da jurisdição constitucional, art. 105, CF). De fato, não se pode conviver, por exemplo, com a ideia (absurda) de revogação de uma jurisprudência consolidada no âmbito de um tribunal superior sem que haja a preservação dos direitos dos cidadãos que, com base nela, legitimamente pautaram os atos de sua vida. Situação contrária ensejaria, em nosso ver, um *golpe de Estado*, violentando direitos elementares e a segurança jurídica que respalda a essência de um Estado de Direito Democrático (art. 1º, CF).

Procuramos apresentar, por isso, diversos fundamentos jurídicos para comprovar que a técnica de modulação também se adapta à jurisdição infraconstitucional, a começar pelo estudo do direito comparado, quando tivemos a oportunidade de provar que nos países da *civil law* europeia e, com muito razão razão, os da *common law* tem feito uso de

ponderações de decisões fora do âmbito constitucional. Aliás, a doutrina estrangeira é uníssona em admitir uma certa “força criativa” das orientações consolidadas advindas dos tribunais infraconstitucionais (*precedente como norma*), o que praticamente impõe que a “nova regra” ditada pela decisão seja casuisticamente mitigada (todavia, *a regra* no direito estrangeiro é a retroação plena das declarações do entendimento da lei presentes nos arestos dos tribunais). Outra solução não há de ser adotada por aqui. Apesar da resistência – *mais filosófica do que prática* – de alguns juristas em aceitarem o precedente na qualidade de “fonte de direito”, é inevitável ver nele uma capacidade inovadora do direito posto, equiparando seus efeitos aos da *lei*, merecendo o mesmo tratamento desta em termos de direito intertemporal.

Sem dúvida, o que se não pode admitir é o chamado *efeito surpresa* causado pela edição de uma nova regra mediante a elaboração jurisprudencial, contrariando o princípio constitucional da *segurança jurídica*, conforme delineamos no trabalho (Capítulo 3.4.4.1). Pareceu-nos firme a opinião dos juristas no sentido de que a *confiança legítima* dos cidadãos deve ser resguardada em face do conteúdo de certas decisões judiciais das cortes superposição, buscando-se um *ponto de equilíbrio*, para não frustrar a proporcionalidade na condição de *princípio* constitucional (Capítulo 3.4.4.2).

As conclusões que resultam dessa análise são suficientemente sólidas para decretar que o sistema jurídico não admite violação à Constituição e, sendo assim, a flexibilização de consectários decisórios apresenta-se como válvula de escape a tais contextos indesejados, mesmo porque outra alternativa não há. E a análise do *overruling* reforça esse ponto, afinal: se quase toda reformulação pretoriana acaba por impactar princípios constitucionais relevantes, qual solução adotar ? Simplesmente aceitar a violação não pareceu uma resposta plausível. Outrossim, porque a renovação do direito é salutar ao desenvolvimento jurídico-econômico-social, a pura proibição do *overruling* seria outra saída deveras equivocada. A admissão de um ajustamento da eficácia decisória – de forma criteriosa e organizada – apresenta-se como uma prática que irá solucionar esses lancinantes problemas, conforme, nesse senso, tem demonstrado o STJ, que utiliza o mecanismo para flexibilizar o espectro consequencial de algumas de suas decisões processuais (v. Capítulo 3.4.6), apesar da tendência (equivocada, cf. Capítulo 3.4.7) a objetar contra tal flexibilização em outras circunstâncias.

Mas se de um lado não se coloca em dúvida a necessidade de modular, por outro lado há uma certa dificuldade em entender a razão de se atribuir ao exame casuístico a

utilização da técnica aqui esmiuçada. Isto porque, enquanto a *lei* é objetivamente aplicada às relações futuras, observadas regras clássicas de direito intertemporal devidamente positivadas no ordenamento pátrio (CF, art. 5º, inc. XXXVI e LICC, art. 6º), afirma-se que os precedentes terão sua retroatividade avaliada pelo juiz, com base em um *juízo de equidade*, à luz do caso concreto. Essa solução, inegavelmente, pode gerar alguma *instabilidade*, isto é, a pretexto justamente de prestigiar a segurança jurídica, a fórmula de modulação com base na equidade-proporcionalidade judicial pode resultar em um “efeito reverso”, gerando mais insegurança.

Acreditamos ter respondido a essa questão no decorrer da tese e, em especial, em seu Capítulo 3.4.9, no qual, em primeiro lugar, registramos que a decisão judicial interpretativa do direito tem *efeitos declaratórios* e, portanto, *retroage* abarcando relações jurídicas pendentes. O que existe, portanto, é um *fenômeno de aproximação* da “decisão interpretativa” à “norma legal em sentido estrito”, de maneira que, ocorrendo isso, é inevitável encontrar uma alternativa para permitir que os impactos dessa “decisão-norma” sejam obtemperados. Por isso a técnica de modulação decisória é *excepcionalíssima* (como excepcional é, por exemplo, a retroatividade das leis de ordem pública), pois, *subvertendo* a própria natureza retroativa do precedente, sua utilização desenfreada poderá causar mais insegurança jurídica (cuida-se do *perigoso risco de sempre modular*, que poderia ensejar a validação de leis manifestamente irregulares, a pretexto de salvaguardar seus efeitos no tempo e organizar a ordem social). Evidentemente que há aqui *um risco a correr*. Ou seja, entre enfrentar os perigos de uma (quicá improvável) utilização patológica (e desregrada) pelo Judiciário da técnica de modulação *ou* conviver com a violação (pelo precedente-norma) de direitos e garantias constitucionais na hipótese de sua indiscriminada retroação *ex tunc*, não hesitamos que a primeira solução é um *mal menor* a ser assumido. De mais a mais, na condição de atividade advinda de *Poder*, se o Judiciário não exercer com parcimônia e correção técnico-jurídica o mecanismo ora tratado (isso ocorreria se ele, por exemplo, resolvesse proteger interesses do Fisco, convalidando normas tributárias manifestamente confiscatórias), essa atuação ilegítima estará sujeita ao *controle crítico da sociedade*, a ser exercido pelas vias constitucionais democráticas próprias.

A propósito, o Projeto do Novo Código de Processo Civil abre espaço para a modulação na hipótese de alteração da jurisprudência – *overruling* –, embora essa inovação – caso aprovada assim – possa vir a ser estendida, teleologicamente, aos chamados “precedentes inéditos” (i.e., no juízo de legalidade ou de interpretação *primeira* da lei). Em nosso ver, o Projeto do Novo CPC está em bom caminho, merecendo tal

proposta *de lege ferenda* aprovação, para sanar o suposto problema – de falta de lei – que inibe atualmente o STJ de modular suas decisões com maior tranquilidade, a partir da utilização de amplo rol de fórmulas de prospecção admitido pela doutrina – *prospective overruling* e outros (v. nossas análises sobre o tema no Capítulo 4).

Dessa forma, *como técnica*, a acomodação dos efeitos dos julgados de natureza processual (i.e., texto de lei processual interpretado) nos pareceu absolutamente indispensável à *efetivação dos escopos do processo almejados pelo Estado*. De fato, depois de comentar os casos concretos já apreciados pelos tribunais de superposição (v. Capítulos 5.2. e 5.3.) e comprovar que a conhecida teoria da *fungibilidade recursal* encerra caso típico de prospecção temporal da jurisprudência processual (cf. Capítulo 5.4), como também a utilização da Súmula 343 do STF (Capítulo 3.4.6), defendemos a utilização da modulação criteriosa da eficácia dos precedentes processuais para evitar o que chamamos de *caos processual* (ou seja, violação da *segurança jurídica dos litigantes*). É dizer, no *overruling* processual, a finalidade da flexibilização ora tratada é a garantia da *manutenção das regras do jogo* conforme elas se encontravam consolidadas antes do início do processo ou no momento da prática do ato processual, salvaguardando os atos consumados das indesejadas variações causadas pela dinâmica exegese do direito processual. A equalização do espectro decisório aqui defendida atua, assim, como *técnica adicional* a outras teorias processuais que visam preservar o ato processual de anulações instrumentalmente inúteis, mormente quando o escopo principal da ação foi inequivocamente atingida. O tribunal superior, nestes termos, deve *estar atento* aos efeitos das reviravoltas processuais (*overruling*) para modular sempre que for preciso garantir a segurança jurídica dos jurisdicionados e outros preceitos constitucionais relevantes, apresentando-se isto como um *dever funcional* do julgador (Capítulo 5.5.1). Do mesmo modo, no julgamento dos *precedentes inéditos*, o tribunal superior deve atentar se o seu pronunciamento resolve divergência doutrinário-jurisprudencial, amainando os efeitos do “novo precedente” para salvaguardar atos praticados em ações judiciais processualmente desconformes com a orientação final (a fungibilidade recursal, portanto, é apenas uma faceta desse ajustamento aqui defendido). Quer-se, enfim, evitar o *choque processual* resultante do desfazimento de demandas pendentes e dos atos nelas consumados, a fim de que seu curso seja, *sem traumas*, adaptado à *orientação final* ditada pelo tribunal superior, valendo aqui como alicerce dessa solução não só a tão falada *segurança jurídica dos litigantes*, como igualmente outros princípios magnos do processo civil, *e.g.*, a instrumentalidade, a efetividade e a economia processual – v. nossas considerações sobre o tema lançadas no Capítulo 5.5.2.

São essas as *ideias críticas pontuais* do trabalho as quais esperamos tenham sido defendidas satisfatoriamente.

Chegado, pois, o momento de encerrar, enumeramos abaixo as *conclusões gerais*, que são as bases de alicerce desta tese de doutorado e, evidentemente, não dispensam a análise de outras tantas inferências incidentais – e não menos importantes – adotadas no seu curso:

1. Tradicionalmente, no Brasil, a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos *ex tunc*, anulando os atos que se praticaram na constância da lei invalidada pelo Supremo Tribunal Federal, diante do princípio da supremacia da Constituição. A retroatividade total é também geralmente adotada em relação aos entendimentos manifestados pelo STF no juízo de interpretação dos textos constitucionais (“interpretação conforme”), no qual o tribunal age como “legislador positivo”. Entretanto, a chamada “teoria da nulidade” (ou da retroatividade plena dos entendimentos manifestados pelo STF), em virtude do desenvolvimento da ciência jurídica e da marcante influência dos modelos estrangeiros de controle de constitucionalidade, passou a sofrer certos temperamentos para admitir a chamada “modulação dos efeitos decisórios”, atualmente positivada no art. 27 da Lei 9.868/99 (Lei da ADI).
2. No contexto histórico, é possível constatar que, *antes mesmo da edição da Lei 9.868/99*, o STF já elaborava um juízo de ponderação dos seus pronunciamentos, com vistas a *relativizar incidentalmente* a nulidade *ex tunc* deles provenientes. Todavia, essas “soluções alternativas” adotadas pela Suprema Corte não eram suficientes para que ela exercesse na plenitude sua missão jurisdicional, de maneira que a resistência à técnica de manipulação de efeitos decisórios teve de arrefecer, admitindo-se sua aplicação *in abstracto*, i.e., no mesmo momento em que proferida a declaração de inconstitucionalidade ou a decisão interpretativa do direito. Sem dúvida, esse mecanismo que permite ao STF adaptar a eficácia de seus arestos: (i) condiz com a função criadora da norma constitucional exercida pela Corte; (ii) livra o Tribunal dos freios ou receios que possam fazer com que ele se abstenha de declarar a inconstitucionalidade de normas manifestamente inconstitucionais, com medo de comprometer a ordem e a segurança jurídica do país, notadamente quando pratica a revisão de seus julgados (*overruling*); e, ao mesmo tempo, (iii) dá ao Supremo Tribunal Federal instrumentos jurídico-institucionais para lidar melhor com os estados de (in)constitucionalidade, permitindo sua (co)participação com o Poder Legislativo na tarefa de organizar o ordenamento jurídico do país.

3. É *constitucional* a modulação das decisões previstas nas Leis 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/06, conforme, ademais, vem reafirmando o Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos, apesar da pendência de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nº 2.154 e 2.258). O principal fundamento que ampara a validade formal e material dessas normas está alicerçado no fato de que tal instrumento processual decorre do princípio da *segurança jurídica*, obrigando que a Suprema Corte imponha limitações à eficácia de seus juízos, desde que existente uma *excepcionalidade* que assim se justifique. Em razão desse entendimento, o STF sufraga a tese no sentido de que a modulação pode ser adotada independentemente de autorização constante de lei ordinária federal, apresentando-a como uma matéria de *política judiciária*, i.e., um direito atribuído à Corte no exercício do controle de constitucionalidade.

4. O art. 27 da Lei. 9.868/99 objetiva a proteção da segurança jurídica e excepcional interesse social, *conceitos abertos* que dão ao STF ampla margem para aplicação da técnica nele prescrita, inclusive com a adoção de um *viés político* inerente à atividade exercida pelas Cortes Constitucionais. O uso da modulação, todavia, é *absolutamente extraordinário*, pois a regra geral é a retroação plena do *decisum* proferido no juízo de constitucionalidade, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição. Consequentemente, exige-se do Tribunal uma *rigorosa fundamentação*: em primeiro lugar, para provar que a segurança jurídica ou o interesse social prevalecem sobre a teoria da nulidade, sob influência do princípio da proporcionalidade e, em segundo lugar, para demonstrar que a modulação adotada é a melhor que se coaduna com as especificidades do caso concreto.

5. Embora concebida para ser utilizada apenas no juízo abstrato de declaração de inconstitucionalidade, as decisões do STF têm acertadamente atribuído à modulação do art. 27 da Lei 9.868/99 uma *exegese teleológica*, para admitir a utilização desse mecanismo em tantos outros contextos que comportem flexibilizações. Assim, por exemplo, admite-se a relativização de efeitos decisórios igualmente no *controle difuso* de constitucionalidade e, em geral, nos julgamentos nos quais o Supremo Tribunal Federal atua na condição de “legislador positivo” ao dar a interpretação adequada do texto da Constituição Federal.

6. Os métodos que podem ser utilizados pelo STF para aplicar a modulação são amplos e, portanto, compete ao Tribunal escolher cuidadosamente aquele que melhor se adapte à situação ilustrada no caso concreto, desde que, evidentemente, objetivando a proteção de princípios constitucionais balizados pela teoria da proporcionalidade. Nesse

sentido, a modulação não está restrita à *prospecção temporal* do precedente, podendo a Corte adotar outras ponderações que se mostrem necessárias para lidar com os impactos da interpretação constitucional, v.g., limitando os sujeitos (litigantes) afetados pela decisão (modulação subjetiva).

7. A *jurisdição infraconstitucional* não está livre dos mesmos problemas enfrentados pelas Cortes Constitucionais no tocante aos reflexos decisórios oriundos do exercício do *controle de legalidade* de uma norma. Daí porque, a exemplo do que ocorre no controle de constitucionalidade, é preciso predispor (ou saber se estão predispostos) aos demais tribunais superiores instrumentos aptos à modelação dos efeitos naturalmente retroativos (i.e., *expansivos* às situações pendentes de resolução) de suas principais decisões (precedentes e/ou jurisprudência), com o objetivo de salvaguardar a ordem social e a segurança jurídica.

8. A técnica de se imprimir aos precedentes ou à jurisprudência (i.e., aos acórdãos dos tribunais) os efeitos modulados ou relativizados, conforme a análise de cada caso e com vistas à sua repercussão (seja porque o precedente acabou por criar uma nova regra legal ou mesmo porque houve a prática de *overruling*), não é desconhecida no *direito estrangeiro*, nos dois sistemas atualmente considerados (*civil law* e *common law*), com a sua adoção, inclusive, na seara da *jurisdição infraconstitucional*. No Brasil, em virtude de decisão majoritária proferida pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (Embargos de Divergência nº 738.689/PR), subsiste uma *forte tendência de proibição* à utilização da atividade modulatória na seara infraconstitucional, embora algumas turmas do STJ não deixem, por outro lado, de considerá-la isoladamente em algumas circunstâncias – muitas vezes sem perceber que estão a praticar típica modulação (v.g., quando aplicam o teor da Súmula 343 do STF ou mesmo quando utilizam a teoria da fungibilidade recursal).

9. Apesar das restrições impostas pelo STJ, 1ª Seção, na apreciação dos EDiv. nº 738.689/PR, o tema ainda merece uma *melhor reflexão*, pois existem sólidos fundamentos práticos e jurídicos para autorizar a adoção de mitigações da eficácia da jurisprudência forjada pelos órgãos jurisdicionais de cúpula. De fato, (a) a capacidade de o precedente judicial inovar o ordenamento jurídico, criando regras tal como cria a legislação, (b) o potencial inovador, transcendente e atipicamente vinculante da jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça, (c) a incidência de princípios constitucionais de alta grandeza, a exemplo da segurança jurídica, da proporcionalidade; da unidade da jurisdição constitucional e da duração razoável do processo, (d) a existência de um chamado *processo*

de mutação infraconstitucional, resultante da evolução do direito e da alteração do significado das leis federais a partir do desenvolvimento da própria sociedade, (e) os diversos julgamentos efetivados pelo STJ, fazendo uso das modulações da eficácia de seus julgados, todos esses elementos, bem dissemos, estão a *comprovar* que mesmo à míngua de lei específica a modulação não é uma atividade que se restringe à jurisdição constitucional.

10. Nesse senso, apresentam-se, data vênua, insubsistentes os fundamentos técnico-jurídicos utilizados no julgamento dos EDiv. 738.689/PR (STJ, 1ª Seção). De fato, (a) a modulação como técnica processual dispensa expressa previsão legal, pois resulta do cumprimento de mandamentos constitucionais, sendo certo que o próprio STJ em outras diversas ocasiões, visando exatamente à proteção desses postulados, flexibilizou os efeitos de alguns de seus precedentes; (b) não se exige que o Tribunal exerça a função de “legislador negativo” para que haja modulação decisória, podendo ela ser utilizada também na *interpretação do direito* (i.e., agindo o tribunal na qualidade de “legislador positivo”) e também para remediar eventuais prejuízos advindos da reviravolta, adotada uma interpretação finalística ao art. 27 da Lei nº 9.868/99, à luz do seu pulcro objetivo constitucional (proteção da segurança jurídica e da ordem social); (c) o cerne da técnica da modulação pressupõe a utilização do *princípio da proporcionalidade*, de modo que é inerente à sua efetivação a mitigação de princípios; nesse sentido, é absolutamente aceitável que a decisão-precedente privilegie certos grupos de pessoas em detrimento de outros, sem significar, portanto, ofensa ao direito de igualdade (a propósito, no *overruling*, essa repaginação de eficácia representa medida salutar para a proteção da igualdade, permitindo que apenas os futuros demandantes sejam atingidos pela nova regra); (d) a flexibilização jurisprudencial não causa perigo de conturbação à ordem social, enquanto medida que será aplicada somente sob *condições extraordinárias*, notadamente porque as decisões, embora tenham aptidão de criar o direito novo, não são propriamente “lei” no sentido estrito; (e) a reserva de plenário exigida pela Lei 9.868/99 não pode ser considerada um obstáculo para que o STJ reajuste a eficácia de sua decisão e cumpra a Constituição, notadamente porque eventuais impasses procedimentais *interna corporis* podem ser facilmente resolvidos, se preciso for, mediante regulamentação regimental.

11. Embora a técnica de modulação encontre consistentes fundamentos para ser empregada, desde logo e independentemente de norma legal, pelos tribunais superiores (STJ/TST/TSE), ela está vedada aos demais tribunais ordinários (salvo exceções pontuais, v.g., controle concentrado de constitucionalidade das leis locais à luz das Cartas Estaduais),

diante da incapacidade de seus precedentes gerarem confiança legítima. Entretanto, nada impede que, havendo *omissão* completa dos tribunais de cúpula sobre os consectários do *overruling* ou do juízo de ilegalidade-interpretação da norma, seja agregada uma flexibilização à jurisprudência pelo juiz singular e/ou o tribunal ordinário, por intermédio de uma decisão *cuidadosamente fundamentada*, contra a qual poderão ser interpostos os recursos cabíveis na lei, i.e., *recurso extraordinário* e, adotada uma interpretação sistemática mais ampla, até mesmo *reclamação* direta ao tribunal superior.

12. À semelhança do que ocorre na jurisdição constitucional, a manipulação de efeitos da jurisprudência é uma atividade absolutamente *extraordinária* na seara infraconstitucional, pois, geralmente, a decisão do tribunal superior *retroage*, abarcando as situações passadas e pendentes. Constituindo, portanto, atividade de natureza excepcional, é imprescindível que o tribunal superior, resolvendo modular seu entendimento, demonstre pormenorizadamente os fundamentos que justificam a adoção dessa anormalidade (e esta decisão do tribunal superior estará sujeita ao *recurso extraordinário*, cumprindo ao STF, apesar dos riscos daí advindos, analisar se o ajustamento praticado pelo tribunal ao qual se recorreu encontra-se consentâneo com a Constituição).

13. O Projeto do Novo Código de Processo Civil (cf. art. 882, V, do Substitutivo nº 1), ao prever a modulação das decisões no caso de alteração da jurisprudência dominante (*overruling*), reconhece a necessidade de valorização dos precedentes, como também consolida o entendimento segundo o qual há evidente aproximação dos sistemas da *civil law* e da *common law*, comprovando estar o modelo jurisdicional brasileiro a caminho de um *modelo misto*. Não obstante, o texto original do Projeto não cria a jurisprudência tipicamente vinculante, reservando-se, salvo duas exceções pontuais, a exortar os operadores do direito e os órgãos jurisdicionais subordinados aos tribunais de superposição à obediência dos arestos por estes produzidos, como forma de preservar a unidade do direito e a segurança jurídica, entre outros postulados. Ao término dessa tese, porém, o texto do relatório da Câmara dos Deputados, ainda não votado, alterava a redação original do Projeto para incluir a jurisprudência vinculante a todos os tribunais pátrios, inclusive tribunais ordinários.

14. Ao disciplinar a possibilidade de modulação de efeitos decisórios no *overruling*, o Projeto do Novo CPC reconhece que *a estabilização da jurisprudência não pode implicar sua estagnação*. Dessa forma, ao passo que repugna o direito estático, de outro lado dá

ferramentas para o tribunal superior lidar com os reflexos da atualização de seu pensamento, consectário da expressão de um Estado Democrático de Direito.

15. Embora o Projeto do Novo CPC enfoque a virada jurisprudencial na qualidade de um pressuposto para a mitigação dos consectários da *nova regra* ditada pelo precedente, uma interpretação teleológica do sistema está a admitir, uma vez aprovado o texto *de lege ferenda* aqui comentado, que tal mecanismo seja utilizado também em outras ocasiões, dentre as quais, *no juízo de ilegalidade e nos precedentes inéditos*, contanto que, evidentemente, possam causar perturbações na ordem social.

16. O *overruling* (ou a virada jurisprudencial), embora salutar à evolução dinâmica do direito, representa, por outro lado, o enfrentamento da estabilização almejada pelo precedente, razão pela qual o Projeto do Novo CPC impõe que o tribunal superior, neste caso, adicione uma *fundamentação especial*, única forma de legitimar o ato, considerado excepcionalíssimo. Assim, deve o tribunal fazer um juízo criterioso para decidir se a reconstrução da sua jurisprudência é ou não oportuna, à luz de diversos elementos concretos (de onde se conclui, aliás, ser aceitável conviver com o precedente errado, desde que na tese sufragada haja ainda alguma plausibilidade jurídica e sua substituição venha a causar enormes consequências). Decidindo reconsiderar o precedente, caberá ao tribunal superior agregar *outra ordem de argumentação detalhada* caso resolva adicionar à *nova regra* alguma modulação, mesmo porque não é toda mudança exegética que obriga o seu uso; isto é, havendo cancelamento da jurisprudência, o tribunal tem apenas o dever *de analisar* a pertinência de flexibilizar a eficácia da “nova regra”, nada impedindo, portanto, declare que aquele caso é merecedor da tradicional retroação plena (assim ocorrerá na hipótese de reformulação de uma interpretação manifestamente equivocada, a exemplo da chamada jurisprudência processual defensiva ou de um precedente qualquer que imponha confisco tributário).

17. O tribunal superior poderá valer-se de *diversos métodos* para equalizar a eficácia de sua decisão quando houver risco de comprometimento de interesses sociais e da segurança jurídica, não havendo, aqui, limitações ou regras específicas, diante do fato de que o ajustamento depende de um indispensável *exame casuístico*.

18. Na sistemática do Projeto do Novo CPC, aos regimentos internos dos tribunais superiores caberá estabelecer as formas de revisão da jurisprudência, franqueando-se audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir

para a elucidação da matéria. Ao fixar a obrigação de audiências públicas, objetiva-se abrir um *amplo diálogo com a sociedade* para fazer emergir reflexões críticas sobre a oportunidade da virada jurisprudencial que se procura efetivar, como também conhecer seus eventuais impactos. Caberá, assim, ao regimento interno do tribunal superior disciplinar esses procedimentos, atento ao fato das limitações constitucionais, pois o regimento não pode ir além do que a lei determina. Neste diapasão, nada impede que se regule regimentalmente a modulação das decisões proferidas pelo tribunal no juízo de ilegalidade e nos casos inéditos, mesmo porque a adoção da técnica processual ora debatida prescinde de lei específica.

19. A proposta de redação apresentada pelo relatório do Deputado Sérgio Barradas, alterando o texto original do art. 882 do Projeto do Novo CPC, institui a jurisprudência vinculante a todos os órgãos judiciários pátrios, inclusive aos chamados “motivos determinantes”. A atribuição de efeitos vinculantes aos motivos determinantes (*ratio decidendi*) enseja um *rompimento radical* com o sistema brasileiro amparado na *civil law*, podendo, em acréscimo, causar inúmeras dificuldades sistemáticas, na contramão dos propósitos do Novo CPC, como, por exemplo, uma enxurrada de reclamações objetivando discutir se o tribunal *a quo* e/ou o órgão vinculado aplicou corretamente a jurisprudência. Outra impropriedade desse relatório, data vênha, consiste na admissão de os tribunais ordinários (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) efetivarem a modulação em caso de *overruling*. Isto porque, em primeiro lugar, é difícil depositar alguma confiança legítima nos arestos desses sodalícios, diante do atual sistema constitucional recursal (arts. 102 e 105 CF); em segundo lugar, haveria o risco de se criar uma grande confusão, diante do fato de que os diversos tribunais estaduais ou federais poderão modular, nos Estados da federação onde exercem sua competência, de forma diferente sobre a mesma tese jurídica.

20. Sob pena de resultar em ilegalidade e invasão de competência, deve-se entender que o mecanismo proposto no art. 511, § 6º, do Projeto do Novo CPC não permite que o juiz de primeiro grau (ou o tribunal ordinário, em grau de recurso) module a decisão do STF no momento em que este já tiver elaborado o exame dessa questão, seja para denegar, seja para adicionar a modulação. Portanto, não haverá espaço para instituir uma “modulação da modulação”. Excepcionalmente, contudo, poderá o juiz ordinário que julgar a impugnação - à execução da sentença - fundada na chamada “coisa julgada inconstitucional” adicionar efeitos limitadores da decisão do STF se este tiver ficado *totalmente omissa* quanto ao tema, i.e., naqueles casos em que o Supremo sequer chegou a

examinar os impactos de seu *decisum* e, por conseguinte, a questão da regulação temporal da sua respectiva eficácia.

21. A flexibilização dos efeitos da jurisprudência dos tribunais é imprescindível à solução dos lancinantes problemas oriundos da declaração judicial do “direito novo”, cuja aplicação puramente retroativa pode resvalar na ordem social, na segurança jurídica e em outros tantos valores protegidos pelo sistema constitucional. Nesse contexto, *os precedentes que se põem a interpretar o direito processual*, inclusive aqueles formados na chamada *jurisdição infraconstitucional*, são passíveis desse ajustamento na esfera dos tribunais superiores (STJ/TST/TSE), tanto nas hipóteses de primeira decisão (*precedente inédito*, no juízo de legalidade ou de interpretação), como principalmente nos casos de mutação do direito (*overruling*), com base na aplicação da teoria da ponderação de princípios (proporcionalidade), que, na espécie, irá focar a instrumentalidade, a efetividade, a celeridade processual e, em sentido mais amplo, o devido processo legal e a segurança jurídica dos litigantes. Dessa forma, a modulação *in abstracto* dos efeitos da jurisprudência ou dos precedentes de direito processual, a ser implementada com excepcionalidade e a partir do exame casuístico, apresenta-se como *técnica (processual) adicional para a concretização dos escopos do processo*.

22. Os métodos de modulação do precedente processual são, em geral, os mesmos adotados para as demais áreas do direito, inclusive aqueles usados na jurisdição constitucional, a depender de cada caso concreto. Sem embargo, no conserto da eficácia de eventual precedente que estabeleça uma *regra nova*, o tribunal deverá estar atento à teoria do “isolamento dos atos processuais”, segundo o qual, encontrando um processo em desenvolvimento, a “regra nova” deve preservar a eficácia dos atos processuais já realizados, em respeito às chamadas “situações processuais consumadas”, cuja ideia expressa a garantia do direito (processual) adquirido e da segurança jurídica dos litigantes.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: RT, 2011.

ABRAHAM, Marcus. “Modulação dos Efeitos em Caso de Alteração da Jurisprudência Tributária Dominante”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 193/80.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. “Precedent in the Federal Republic of Germany”, in *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Fábio Martins de. “A ADC 18 e a Modulação Temporal dos Efeitos: por que a Eventual Decisão acerca da Inconstitucionalidade da Inclusão da Parcela do ICMS na Base de Cálculo da Cofins e do PIS na ADC 18 não deve ter Efeito ex Nunc em Benefício da Fazenda Nacional”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 166/61

_____. “Breve Estudo acerca da Necessária Modulação Temporal dos Efeitos da Decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.269.570”, in *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 206/48.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1996.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELÓ, John J.. “Precedent in European Community Law”. In: *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

BARROSO, Luís Roberto Barroso, “Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil”. In: *Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2ª ed. rev. e ampl., 1ª reimpressão, coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito*, compiladas por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 2006.

BODART, Bruno Vinícios. “Embargos de Declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade”, in *Repro* 198/389.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2011.

BONDIOLI, Luis Guilherme A.; NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 43ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J.. *Stares Indecisus – the alteration of precedent on the Supreme Court, 1446-1992*. New York: Cambridge, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial – a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1996.

_____. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed. revista, Coimbra: Coimbra, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____. *Juizes Legisladores ?*, tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARPI, Federico; TARUFFO, Michele. *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, Padova: Cedam, 2002.

CARRAZA, Roque; FERRAZ, Tercio Sampaio Ferraz NERY JUNIOR, Nelson, *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, 2ª ed., Barueri: Manole, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*, 2ª edição, São Paulo: Noeses, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte de Direito*, São Paulo: RT, 2004.

_____. “Direito Processual Estadunidense”, in *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Lex, 2010.

_____. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, in *Direito Jurisprudencial*, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. “Nota aos Enunciados 292 e 528 da jurisprudência predominante do STF: a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários”, *Repro* 157.

DIDIER JR., Fredie. “Transformações do Recurso Extraordinário”, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, vol. 10, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2006.

_____ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Nota aos Enunciados 292 e 528 da jurisprudência predominante do STF: a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários”, *Repro* 157.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade”, “Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade”. In: *Processo Civil Empresarial*, São Paulo: Malheiros, 2010.

_____ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ *A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 2ª ed. atual. e aument., São Paulo: Saraiva, 1996.

DREIER, Ralf; ALEXYY, Robert. “Precedent in the Federal Republic of Germany”. In: *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García. “Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, in *RDP* 92/5.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. “O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle de Constitucionalidade”. In: *Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2ª ed. rev. e ampl., 1ª reimpressão, coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ, Tercio Sampaio Ferraz; CARRAZA, Roque; NERY JUNIOR, Nelson, *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, 2ª ed., Barueri, Manole, 2009.

FLACH, Rafael. “A Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça e a coisa julgada progressiva”, in *Repro* 185/175.

FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. “Desmitificando a modulação dos efeitos temporais das viradas jurisprudenciais (*prospective overruling*) no Direito Tributário: experiência jurisprudencial, aspectos processuais e um caso ideal para sua utilização - [i]legitimidade do contribuinte ‘de fato’, in *RDDT* 189/92.

GERHARDT, Michael J.. *The Power of Precedent*, New York: Oxford, 2008.

GORON, Lívio Goellner. “A Jurisprudência como Fonte de Direito: a experiência Anglo-Americana”, *RDCI* 47/284.

GOUVÊA, José Roberto F. NEGRÃO, Theotonio. BONDIOLI, Luis Guilherme A.. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 43ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1996.

GRZEGORCZYK, Christophe; TROPER, Michel. “Precedente in France”. In: *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham, Ashgate Publishing Company, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*, trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

JANCZESKI, Célio Armando. “A Declaração da Inconstitucionalidade com Efeitos Limitados, a Supremacia Constitucional e o Direito Tributário”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 157/17.

KAMINKER, Mario E. . “Las Cortes Supremas, el Precedente y La Comunidad”, in *El Papel de los Tribunales Superiores*, coord. Roberto Omar Berizonce, Juan Carlos Hitters e Eduardo David Oteiza, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*, Portland: Hart Publishing, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª ed., trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LAPORTA, Franciso J.; MIGUEL, Alfonso Ruiz. “Precedent in Spain”. In: *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

LA TORRE, Massimo; TARUFFO, Michele. “Precedents in Italy”. In: *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham, Ashgate Publishing Company, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. “A Judicialização da Política”, in *RDCI* 29/230.

_____. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei”, trad. Tesesa Celina Arruda Alvim Pinto, in *Repro* 43/57.

LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. “Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica – a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência”, in *O Futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao Anteprojeto do novo CPC*, coord. Fernando Rossi, Glauco Ramos, Jefferson Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Mourão, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil*, tomo I, Parte Geral, São Paulo: Atlas, 2005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*, São Paulo: RT, 2006.

MACCORMICK, D. Neil. D. Neil; SUMMERS, Robert. “Further General Reflections and Conclusions” *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. “Segurança Jurídica e Lei Complementar”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 152/103.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 1998.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. “O Papel Decisivo dos Regimentos Internos”, in *Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 1997.

MALLET, Estêvão. “A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?”, in *Repro* 133/67.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Eficácia Temporal da revogação da jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores”, *RT* 906/255.

_____. *Precedentes Obrigatórios*, São Paulo: RT, 2010.

_____. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – críticas e respostas*, São Paulo, RT, 2010.

MARTINS, Humberto. “Origem, estrutura e funções constitucionais do Superior Tribunal de Justiça: 20 anos de jurisdição federal”, *Revista do Advogado*, nº103, Ano XXIX, São Paulo, publicação da AASP, Maio de 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, São Paulo: RT, 2006

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, disponível em <www.idp.com.br>.

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

MESQUITA, José Ignácio Botelho. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, vol. 2, São Paulo: RT, 2005.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J.. “Precedent in Spain”. In: *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC – críticas e respostas*, São Paulo: RT, 2010.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. “O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no Projeto do Novo Código de Processo Civil”, in *O Futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao Anteprojeto do novo CPC*, coord. Fernando Rossi, Glauco Ramos, Jefferson Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Mourão, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MORAES, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, tomo II, Coimbra: Coimbra, 2005.

MORAES, João Batista de; LOBO, Arthur Mendes. “Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica – a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência”, in *O Futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao Anteprojeto do novo CPC*, coord. Fernando Rossi, Glauco Ramos, Jefferson Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Mourão, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, Vital. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed. Revista, Coimbra: Coimbra, 1993.

NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José R. F, BONDIOLI, Luis Guilherme A.. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 43ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011

NERY JUNIOR, Nelson; CARRAZA, Roque; FERRAZ, Tercio Sampaio Ferraz. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*, 2ª ed., Barueri: Manole, 2009.

_____ NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*, 11ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: RT, 2010.

_____ “Nova Interpretação Jurisprudencial – descabimento de rescisória”, in *Soluções Práticas de Direito*, vol. I, direito público, São Paulo: RT, 2010.

NERY, Rosa Maria Andrade; NERY Jr., Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*, 11ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*, Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. *Questões Controvertidas de Processo Civil e de Direito Material – doutrina, jurisprudência e anteprojetos*, São Paulo: RT, 2001.

_____ “Aplicação imediata da Lei de impenhorabilidade do imóvel residencial e dos móveis quitados da residência do locatário (Lei n. 8.009, de 1990)”, in *RJTJESP* 129/17.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. “A Questão da Cofins dos Advogados”, in “Tribuna do Direito”, edição de julho de 2006.

NOJIRI, Sergio. *A Interpretação Judicial do Direito*, São Paulo, RT, 2005.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de Oliveira, “O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação dos efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais”, disponível em <www.sbdp.org.br>.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. “Direito Processual Civil Italiano”. In: *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Lex, 2010.

PEREIRA, Erick Wilson. *Direito Eleitoral – interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais*, São Paulo, Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil – perspectivas de evolução*, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Saraiva, 2010.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

REYNOLDS, William L.. *Judicial Process*, 3ª ed., St. Paul: Thomson West, 2003.

RIBEIRO, Diego Diniz. “A Modulação de Efeitos no Controle de Constitucionalidade em Matéria Tributária e a Jurisprudência do STF”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 178/25.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*, 13ª ed., ver. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, atualizado por Paulo Roberto Benasse, tradução da 6ª edição italiana, por Paolo Capitanio, vol. 1, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade – concepção grega de justiça como fundamento filosófico*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SAMPFORD, Charles. *Retrospectivity and the rule of the law*, New York: Oxford, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Direito Processual Civil Espanhol”. In: *Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Lex, 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. “Cofins das Sociedades Civis de Profissão Regulamentada e o Princípio da Segurança Jurídica: um Caso de Modulação de Efeitos Temporais da Decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal?”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 155, p. 7.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, vol. II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica”. In: *Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, 2ª ed. rev. e ampl., 1ª reimpressão, coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Renata Elaine Silva. “Modulação dos Efeitos da Decisão em Matéria Tributária: Possibilidade ou não de ‘restringir os Efeitos daquela Declaração’”, in *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 170/52.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Alípio. *O papel do Juiz na aplicação da lei*, São Paulo, Universitária de Direito, 1977.

SPAETH, Harold J.; BRENNER, Saul. *Stares Indecisus – the alteration of precedent on the Supreme Court, 1446-1992*. New York: Cambridge, 2003.

SUMMERS, Robert. “Precedent in the United States – New York State”, *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

_____; MacCormick, D. Neil. “Further General Reflections and Conclusions”, *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. LA TORRE, Massimo. “Precedents in Italy”. In: *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

_____; *Institutional Factors Influencing Precedents*. In: *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

_____; “Precedente e Jurisprudência”, in *Repro 199/141*.

_____; CARPI, Federico. *Commentario Breve AL Codice di Procedura Civile*, Padova: Cedam, 2002.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del Processo Civile di Cognizione*, 4ª ed., Milão: Giuffrè, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1991.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, 3ª edição, vol. 1, New York: Foundation Press, 2000.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe “Precedente in France”. In: *Interpreting Precedents: a comparative study*, coord. D. Neil MacCormick, Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997.

VALLE, Vanice Lício do Valle. “Efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade como técnica garantidora do livre exercício da atualização constitucional”, in *RTDP* 38/185.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”, in *Repro* 172/121.

_____ “Precedentes e evolução do direito”, in *Direito Jurisprudencial*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2012.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, São Paulo: RT, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória – Juízos Rescindente e Rescisório*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 249.

_____ *Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999.