



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO - FD

MICHELLE CARDOSO SCHONARTH

**MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DE SEUS PRESSUPOSTOS
E IMPACTOS**

Brasília - DF

2019

MICHELLE CARDOSO SCHONARTH

**MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DE SEUS PRESSUPOSTOS
E IMPACTOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel no Programa de
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Mestre Marcus Flávio Horta
Caldeira.

Brasília - DF
2019

MICHELLE CARDOSO SCHONARTH

**MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DE SEUS PRESSUPOSTOS
E IMPACTOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel no Programa de
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Brasília, 10 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Marcus Flávio Horta Caldeira
Orientador – Universidade de Brasília

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
Membro da Banca – Universidade de Brasília

Mestre Mauro Pedroso Gonçalves
Membro da Banca – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família, cujo apoio foi essencial para me tornar a pessoa, acadêmica e profissional que sou hoje. Obrigada pelo amor e carinho de sempre, foram essenciais para me dar a força e determinação para chegar até aqui. Obrigada, também, pela compreensão nos dias difíceis e por sempre acreditarem no meu potencial. Sem a dedicação incondicional de vocês, nada disso seria possível.

Agradeço imensamente ao orientador, Marcus Flávio Horta Caldeira, por todo o auxílio, pelos conselhos e pelo incentivo nessa etapa final, que foram essenciais ao êxito desse trabalho.

Aos amigos que fiz durante a graduação e aos amigos que me acompanham desde antes, obrigada pelas experiências compartilhadas e pela companhia, que foram tão importantes ao longo desses últimos cinco anos.

Ao fim, agradeço a todos que, de alguma forma contribuíram à conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar os pressupostos e os possíveis impactos da modulação de efeitos temporais das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, propõe-se uma análise das discussões preliminares sobre o tema, sob uma perspectiva histórica, analisando os elementos que culminaram na edição do art. 27 da Lei nº 9.686/99 e, posteriormente, na edição do art. 927, § 3º, do CPC/15, que autorizam a modulação dos efeitos, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais Superiores quando verificadas razões de segurança jurídica e interesse social. Em seguida, passa-se à análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, numa tentativa de identificar quais são as hipóteses em que deve haver a modulação de efeitos e se podem ser definidos parâmetros mínimos para a aplicação da modulação de efeitos, para que sejam garantidos os princípios da segurança jurídica e isonomia, que são a razão de ser da excepcional mitigação dos efeitos retroativos das decisões.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Controle de constitucionalidade. Precedentes. Jurisprudência. Modulação de efeitos.

ABSTRACT

This study intends to analyze the general assumptions and possible impacts of the restriction of the effects (*modulação de efeitos*) of the decisions issued by the Brazilian Superior Court of Justice (STJ). Therefore, it proposes a historical review of the preliminary discussions regarding the effects of the decisions, analyzing the elements that led to the advent of the article 27 of the Federal Law nº 9.686/99, and to the advent of the article 927 of the Civil Procedure Code (*Código de Processo Civil*), that authorizes the restriction of the effects (*modulação de efeitos*) of the decisions issued by the Brazilian Supreme Court (STF) and by the Brazilian Superior Court of Justice (STJ). Then, it proposes the analysis of the case law of the Superior Court of Justice regarding the subject, in order to identify which cases demand prospective effects and to establish minimum standards to ensure the respect to the principles of legal certainty (*segurança jurídica*) and isonomy.

Keywords: Constitutional Law. Civil Procedure Law. Constitutionality control. Precedents. Case law shift. Restriction of the effects of the decisions.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A EVOLUÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	10
2.1. Modelo norte-americano: Estados Unidos da América.....	11
2.2. Modelo europeu: Áustria.....	15
2.3. Influências dos modelos austríaco e americano no sistema brasileiro.....	18
3. MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES CONSTITUCIONAIS.....	20
3.1. Evolução: da teoria da nulidade à modulação dos efeitos.....	20
3.2. Artigo 27 da Lei nº 9.868/99: fundamentos e requisitos.....	26
3.3. Da objetivação do controle difuso de constitucionalidade à formação de um sistema de precedentes vinculantes: encaminhamentos à previsão do Código de Processo Civil de 2015.....	31
4. MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	38
4.1. Transcendência e vinculação atípica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça: o papel uniformizador da jurisprudência nacional.....	38
4.2. Análise de precedentes proferidos antes e após a vigência do Código de Processo Civil de 2015: justificação e impactos da aplicação da modulação temporal dos efeitos das decisões.....	42
4.3. Efetivação da segurança jurídica e da isonomia: possíveis parâmetros para a aplicação da técnica decisória no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.....	51
5. CONCLUSÃO.....	56
6. REFERÊNCIAS.....	59
APÊNDICE.....	63

1. INTRODUÇÃO

As decisões judiciais, especialmente no âmbito infraconstitucional, têm, tradicionalmente, efeito retroativo. Ou seja, podem ser aplicadas a situações que aconteceram antes da prolação da decisão, que estão ainda pendentes de solução. Com o advento do novo Código de Processo Civil, reconheceu-se a importância do papel do Judiciário na aplicação e interpretação das leis ordinárias, e, com isso, tornou-se impositiva a uniformização da jurisprudência nacional, a fim de garantir a segurança jurídica e a isonomia aos jurisdicionados. Assim, os Tribunais Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, ganharam ainda mais destaque como pacificadores do entendimento nacional acerca da interpretação e aplicação das leis federais, atribuindo-se, inclusive, o efeito vinculante ao entendimento sumulado ou sedimentado em julgamento de recurso repetitivo.

Dessa forma, reconhecendo-se o relevante papel do Superior Tribunal de Justiça na pacificação da interpretação das leis ordinárias, o Código de Processo Civil positivou a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões que alterem o entendimento dominante, a fim de preservar a isonomia e a segurança jurídica. Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar **(i)** de que forma a modulação dos efeitos das decisões tem sido realizada no Superior Tribunal de Justiça desde a vigência do Código de Processo Civil; e **(ii)** o impacto da prospecção dos efeitos aos jurisdicionados, especialmente àqueles que tiveram seus casos suspensos em razão do julgamento de recurso repetitivo, a fim de verificar se, de fato, a prospecção da eficácia da decisão alcança seu objetivo: garantir a isonomia e a segurança jurídica.

Para tanto, antes de se adentrar propriamente no tema da modulação dos efeitos das decisões proferidas no âmbito infraconstitucional, faz-se necessária uma análise da evolução histórica das premissas a partir das quais a modulação de efeitos foi instituída como técnica decisória, bem como as justificativas e hipóteses de sua aplicação. Assim, importa dispor sobre sua evolução no direito comparado, especialmente na Áustria e nos Estados Unidos, e de que forma esses diferentes modelos influenciaram o sistema brasileiro.

Em seguida, será analisada a evolução da técnica decisória no Brasil, bem como as suas premissas e justificativas. Nesse sentido, importa analisar os antecedentes da edição da Lei nº 9.868/99 e seus fundamentos e requisitos, para se constatar a existência do fenômeno de “objetivação” do controle de difuso de constitucionalidade, que levou à criação de um sistema de precedentes vinculantes - que abrange, também, as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores infraconstitucionais – abrindo caminho, conseqüentemente, ao entendimento ora

positivado, que permite, expressamente, a modulação dos efeitos das decisões nos Tribunais Superiores na hipótese de alteração de entendimento consolidado. Passa-se, em seguida, à análise de julgados, discorrendo acerca entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, com ênfase nas hipóteses de cabimento e justificativas empregadas para a prospecção dos efeitos decisórios, fazendo-se uma análise acerca dos impactos da prospecção dos efeitos aos jurisdicionados. Por fim, pretende-se projetar e definir parâmetros de utilização dessa técnica decisória para que sejam alcançados os seus objetivos de isonomia e segurança jurídica.

2. A EVOLUÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES NO DIREITO ESTRANGEIRO

Embora o presente trabalho tenha como objetivo principal a análise do impacto da modulação dos efeitos das decisões proferidas em âmbito infraconstitucional - em específico no Superior Tribunal de Justiça - é imprescindível a sua análise na esfera do controle judicial de constitucionalidade das leis. Afinal, foi a partir da análise dos diversos métodos e modelos de controle de constitucionalidade que se percebeu a importância do estudo do impacto das decisões, e conseqüentemente, verificou-se a necessidade da eventual modulação dos efeitos dessas decisões a fim de se assegurar uma maior segurança jurídica.

CAPELLETTI, ao pesquisar sobre o controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado, o fez não por critério geográfico, mas, sim, o quanto possível, por critério sistemático (1984, p. 23). Propôs, então, a análise estrutural-comparativa dos métodos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis sob três principais aspectos: subjetivo (ou orgânico); modal; e dos efeitos dos pronunciamentos. A análise pelo aspecto subjetivo (ou orgânico) busca verificar a quais órgãos é conferido o poder de controle, ou seja, se o controle é feito incidentalmente por todos os órgãos do judiciário ao decidir causas de sua competência (sistema difuso) ou se o controle é feito por um único órgão judiciário (sistema concentrado). A análise pelo aspecto modal, por sua vez, examina se o controle judicial das leis é exercido pela via incidental ou em via principal. Análise sob o aspecto dos efeitos dos pronunciamentos, por fim, busca analisar se as decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade têm efeitos gerais ou particulares, futuros ou retroativos.

Nesse sentir, a partir da perspectiva trazida por CAPELLETTI de análise estrutural comparativa dos modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade, passa-se a analisá-los sob o aspecto dos efeitos temporais dos pronunciamentos (*ex tunc* ou *ex nunc*). Segundo CAPELLETTI, há dois sistemas básicos, no que se refere à eficácia do pronunciamento de inconstitucionalidade das leis: o primeiro deles considera a nulidade absoluta da lei constitucional, bastando ao juiz que declare a nulidade dessa lei, que já era pré-existente; já o segundo, em um ato constitutivo, não declara a nulidade, mas cassa (anula) a lei inconstitucional que é considerada válida e eficaz até o momento da decisão, podendo o magistrado, ainda, determinar a prospecção dos efeitos da anulação da lei para data posterior a da publicação da decisão (1984, p. 117).

O primeiro modelo é o norte-americano, enquanto o segundo se aproxima do modelo austríaco. Assim, no presente capítulo, serão estudados, brevemente, ambos os modelos quanto aos efeitos temporais de suas decisões (que são referência para os demais modelos de controle de constitucionalidade), bem como seus impactos no sistema brasileiro.

2.1. Modelo norte-americano: Estados Unidos da América

Com a Constituição Federal norte-americana de 1787, iniciou-se, na Modernidade,¹ a concepção da supremacia da Constituição sobre as demais leis ordinárias, o que permitiu, como consequência, o poder-dever dos juízes de negar a aplicação daquelas leis que fossem contrárias à Constituição (CAPELLETTI, 1984, pp. 46-47).

Essa inovadora possibilidade de controle judicial da validade das leis perante a Constituição (*judicial review*), contudo, não foi prevista expressamente na Constituição norte-americana. A doutrina do *judicial review*, na verdade, resultou de uma construção realizada em tempos de instabilidade e tensão política, logo no início da república estadunidense (BRANCO, 2016, p. 50), e tem como marco a emblemática decisão proferida pelo Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) John Marshall no célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte em 1803.²

Por meio da decisão proferida no caso *Marbury v. Madison*, foi, pela primeira vez, aplicada a ideia de que uma lei inconstitucional deve ser invalidada e que caberia ao Judiciário declarar a sua inconstitucionalidade (BRANCO, 2016, p. 52).

O raciocínio do *Chief Justice* John Marshall, ao analisar o caso, estabelece que a “Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, [...] então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei” (CAPELLETTI, 1984, p. 48). A partir dessa afirmação, conclui-se que, se uma lei inconstitucional não é lei – ou, seja, é, desde o seu nascimento, absolutamente nula –, o juiz, ao exercer o controle de constitucionalidade, não anula a lei, mas apenas declara a pré-existente nulidade da lei inconstitucional (CAPELLETTI, 1984, p. 116).

¹ CAPELLETTI ressalva, que, antes da Constituição norte-americana, alguns sistemas jurídicos antigos, apesar não expressamente configurarem a ideia de “Supremacia da Constituição”, já traziam a noção de superioridade de algumas normas (fundamentais ou constitucionais, se utilizada a concepção moderna) em relação a outras, considerada ordinárias (CAPELLETTI, 1984, p. 48-49).

² Segundo NOWAK e ROTUNDA, existem fontes do *judicial review* anteriores mesmo ao caso *Marbury v. Madison*, quais sejam: a forma como o império britânico tratou as colônias americanas, as convenções e processos constituintes retratados no Federalista, a jurisprudência de tribunais estaduais norte-americanos (NOWAK e ROTUNDA, 1991, pp. 11-13).

O sistema americano de controle de constitucionalidade é, portanto, tradicionalmente declaratório. Dessa forma, como a inconstitucionalidade é causa da absoluta nulidade da lei ordinária, é evidente que, nesse sistema, a lei inconstitucional é considerada ineficaz desde sua concepção no ordenamento jurídico, sendo também ineficazes todos os atos fundados nessa lei.

No sistema norte-americano, portanto, no que se refere aos efeitos temporais, a decisão que declara a sua inconstitucionalidade, tem, como consequência, efeitos retroativos, ou *ex tunc*, tratando-se de mera declaração de nulidade absoluta e pré-existente (CAPELLETTI, p. 119). Em suma, tradicionalmente, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem efeitos retroativos (*ex nunc*), considerando ineficaz a lei desde sua concepção.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, uma outra característica do controle judicial norte-americano: a sua eficácia *inter partes*, ou seja, a inconstitucionalidade da lei atingiria tão-somente as partes litigantes no caso concreto. Como aduz CAPELLETTI, no modelo norte-americano, tradicionalmente, “a regra fundamental é a de que o juiz deve limitar-se a não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto” (1984, p. 118). Essa eficácia *inter partes*, contudo, foi extremamente atenuada, se não eliminada, por força do princípio do *stare decisis*.³

Em razão dessa força vinculativa dos precedentes, as decisões proferidas pela Suprema Corte passam a ter efeito vinculante, de modo que os demais Tribunais e juízes do país devem seguir a orientação firmada, gerando, como consequência, um efeito *erga omnes* às decisões proferidas pela Suprema Corte. Assim, a declaração da inconstitucionalidade de uma lei, tradicionalmente aplicável somente ao caso concreto, passa a ter como efeito, por intermédio do princípio do *stare decisis*, a verdadeira eliminação dessa lei do ordenamento jurídico, válida para todos os outros casos (CAPELLETTI, 1984, p. 82). A esse respeito, vale reiterar as observações de CAPELLETTI:

Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘*on the books*’, é tornada ‘*a dead law*’, uma lei morta [...] (CAPELLETTI, 1984, p. 81).

³ Segundo Robert S. SUMMERS, *stare decisis* é o princípio segundo o qual as cortes são obrigadas a seguir as decisões anteriores proferidas em casos similares, que discutem a interpretação de uma mesma lei. O sistema do *stare decisis* faz parte da experiência americana mesmo antes da Revolução Americana no século 18, quando as cortes americanas seguiam os precedentes advindos da *common law* da Inglaterra, especialmente quanto a questões referentes contratos, responsabilidade civil, propriedade, heranças e testamentos. As cortes americanas logo estenderam o princípio do *stare decisis* ao seguir precedentes em que se interpretavam as leis. Após a adoção das constituições federal e estaduais, as cortes federais e estaduais passaram a seguir precedentes também na interpretação das constituições (SUMMERS, 1999, p. 355)

Essa eficácia *erga omnes*, atribuída por força da aplicação do princípio do *stare decisis* às decisões de declaração de inconstitucionalidade proferidas pela Suprema Corte, influenciaram diretamente na atenuação, em certos casos, dos efeitos tradicionalmente retroativos aplicados a essas decisões.

Considerando que suas decisões possuem eficácia *erga omnes*, e, portanto, atingem não só o caso concreto, mas todos e quaisquer casos, a Suprema Corte americana passou a admitir a modulação de efeitos das suas decisões, a fim de evitar lesões e injustiças que poderiam levar, inclusive, a situações de inconstitucionalidade. A esse respeito, CAPELLETTI exemplifica algumas situações em que a aplicação de efeitos *ex tunc* poderia ser inadequada:

Pode acontecer, porém, que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos os órgãos públicos e sujeitos privados: por exemplo, pode acontecer que um funcionário, eleito ou nomeado com base em uma lei muito tempo depois declarada inconstitucional, tenha longamente atuado em sua função; ou que o Estado, por muitos anos, tenha arrecadado um certo tributo ou, também, que uma pessoa tenha recebido uma pensão ou celebrado determinados contratos, sempre com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional, e assim por diante. *Quid*, então, se, em um certo momento, uma lei, por muitos anos pacificamente aplicada, vem a ser, depois, considerada e declarada inconstitucional, com pronunciamento que tenha, segundo a doutrina aqui pressuposta, efeitos retroativos? Poderão ser destruídos, também, todos os efeitos que foram produzidos, sem uma base legal, por aqueles atos públicos ou privados que se fundaram na referida lei? (CAPELLETTI, 1984, p. 122-123).

Segundo CAPELLETTI, a atenuação da aplicação de efeito retroativo às decisões de inconstitucionalidade das leis se justifica, principalmente pelo estímulo crítico do realismo jurídico - segundo o qual a constituição é um “*living document*” e, portanto, está sujeito às mudanças de significado, de modo que “*aquilo que em um certo momento de tal evolução pode ser conforme ou contrário à Constituição, pode não sê-lo ainda ou não sê-lo mais em uma fase diversa da própria evolução*” -, e “*oportuno pragmatismo e elasticidade*” (CAPELLETTI, 1984, p. 123).

Como ressalta Gilmar MENDES, a não atribuição da eficácia retroativa a decisões da Suprema Corte não é incomum, principalmente nas hipóteses em que há alteração na jurisprudência,⁴ a chamada *prospective overruling*. Apesar disso, o afastamento da tradicional eficácia retroativa também pode ser aplicado aos processos pendentes (*limited prospectivity*) ou

⁴ O *overruling* consiste na revogação de um precedente, com a criação de uma nova regra. Segundo Teresa Arruda ALVIM, o *overruling* ocorre em duas situações: “(i) ou porque se entende equivocada a regra antes adotada (ii) ou porque o precedente já não mais se adapta à realidade, pois que alteradas as condições sociológicas em que a regra foi concebida” (ALVIM, 2019, p. 105).

aplicada de forma absoluta, situação em que se exclui a eficácia *ex tunc* inclusive no caso concreto (*pure prospectivity*) (MENDES, 2016, p. 1367). A esse respeito, como explica MARINONI, fala-se em *pure prospective overruling* quando a Corte não permite que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, enquanto a terminologia *prospective overruling* refere-se à mera irretroatividade da nova regra a situações anteriores à prolatação da decisão (2011, p. 17).

A possibilidade de mitigação dos efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Suprema Corte tem como marco inicial o célebre caso *Linkletter v. Walker*.

Por meio da decisão proferida no caso *Linkletter v. Walker*, a Suprema Corte americana desenvolveu uma doutrina que poderia deixar de atribuir efeitos retroativos a uma nova regra sobre lei criminal (TRIBE, 2000, p. 218). Mas, também em casos cíveis, a Corte permitia a mitigação da eficácia *ex tunc*, a fim de evitar lesões ou injustiças, mas sem, contudo, diminuir o propósito e efeito da nova regra (TRIBE, 2000, p. 2019).

A Suprema Corte americana instituiu, inclusive, parâmetros para a mitigação dos efeitos retroativos de suas decisões. No caso *Chevron Oil Co. v. Huson*, foram estabelecidos os seguintes critérios: (i) a decisão deve estabelecer uma nova regra, seja alterando entendimento fixado, seja por decidir tema novo, cuja resolução não estava estabelecida; (ii) deve ser analisada, caso a caso, a história da regra em questão, analisando os méritos e deméritos da aplicação retrospectiva; e (iii) deve-se analisar se a aplicação retrospectiva poderá causar resultados substancialmente injustos.⁵

Dessa forma, apesar de o modelo tradicional norte-americano não atribuir efeitos prospectivos às decisões proferidas no âmbito de controle de constitucionalidade em razão de, como já visto, considerar que “uma lei inconstitucional não é lei”, admite-se, excepcionalmente, a flexibilização e conseqüente modulação dos efeitos dessas decisões a fim de evitar lesões e injustiças aos jurisdicionados, visando à segurança jurídica. Como bem ressalta MARINONI, ao admitir a modulação dos efeitos de suas decisões, as Cortes americanas mostram-se especialmente preocupadas em tutelar o princípio da segurança, essencialmente na sua função

⁵ A esse propósito, confira-se o trecho da decisão: “*First, the decision to be applied nonretroactively must establish a new principal of law, either by overruling past precedent on which litigants may have relied, or by deciding an issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed. Second, ... we must ... weight the merits and demerits in each case by looking to de prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation. Finally, we [must] weig[h] the inequity imposed by retrospective application, for where a decision of this Court could produce substantial inequitable results if applied retroactively, there is ample basis in our cases for avoiding the injustice or hardship by a holding of nonretroactivity.*” In: TRIBE, 2000, p. 219.

de garantir a previsibilidade, bem como em tutelar a confiança dos jurisdicionados nos atos do Poder Público (2011, p. 16).

O mesmo fenômeno ocorreu quanto à eficácia dessas decisões. Por força do princípio do *stare decisis*, a tradicional eficácia *inter partes*, que se limita à aplicação da decisão ao caso concreto, foi praticamente eliminada, atribuindo às decisões da *Supreme Court* um caráter vinculante, com eficácia *erga omnes*.

Assim, quanto aos efeitos, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade (que influenciou, em grande monta, o modelo brasileiro), tradicionalmente *ex tunc*, admite a flexibilização dos efeitos retroativos por meio da modulação de efeitos das decisões, em prol da segurança jurídica, diminuindo, como consequência, a sua distinção com o tradicional modelo austríaco, que será analisado a seguir.

2.1. Modelo europeu: Áustria

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade em muito se diferencia do modelo norte-americano. De forma contrária ao que foi construído no modelo norte-americano, no modelo austríaco o controle é feito *in abstracto*,⁶ de forma concentrada, e as decisões proferidas pela Corte Constitucional são oponíveis *erga omnes* e possuem eficácia *ex nunc*, passando a valer a partir de seu pronunciamento.

A Constituição austríaca de 1920 possibilitou uma “centralização da revisão judicial da legislação”, conferida à Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), que detém o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional (KELSEN, 2007, p 304-305). Por meio desse sistema, o controle de constitucionalidade era exercitável por meio de uma “ação especial por parte de alguns órgãos políticos” indicados na Constituição, que eram os únicos legitimados (CAPELLETTI, 1984, p. 104). Esse sistema exclusivamente concentrado, contudo, sofreu modificação por parte da lei austríaca de revisão da Constituição (*Bundes-Verfassungsnovelle*) de 1929.

A partir dessa reforma constitucional, além dos órgãos políticos, passaram a ter legitimidade para instaurar o processo de controle das leis perante a Corte Constitucional dois órgãos judiciários: o *Oberster Gerichtshof* (a corte suprema para as causas civis e penais) e o

⁶ Após a revisão constitucional de 1929, o modelo austríaco passa a admitir, também, o controle concreto (ou difuso) de constitucionalidade. Como afirma KELSEN, a partir da revisão constitucional, foram criados “dois caminhos abertos para se chegar a uma revisão judicial da legislação, um indireto e outro direto”(KELSEN, 2007, p. 313)

Verwaltungsgerichtshof (que corresponde à corte suprema das causas administrativas). E esses órgãos judiciários, ao contrário dos órgãos políticos, não poderiam arguir a questão judicial em via de ação, mas sim em via incidental, ou seja, “apenas no curso e por ocasião de um ordinário processo”, considerando a relevância da questão constitucional (CAPELLETTI, 1984, p. 106).

Em contraposição com o modelo norte-americano, no modelo austríaco, as decisões proferidas pela Corte Constitucional ao exercer o controle centralizado de constitucionalidade têm, tradicionalmente, efeitos *ex nunc*. Ou seja, alcançam somente as situações futuras (ocorridas após o pronunciamento da inconstitucionalidade), permanecendo intactas todas as situações ocorridas antes de ser considerada inconstitucional uma lei.

Desse modo, enquanto o sistema norte-americano declara a pré-existente nulidade da lei inconstitucional, a Corte Constitucional anula (cassa) a lei que, até a entrada em vigor do pronunciamento da Corte, é plenamente válida e eficaz (KELSEN, 2007, p. 305). Inclusive, a Corte Constitucional possui o poder discricionário de definir que a anulação se opere em momento posterior à publicação da decisão, desde que não exceda o prazo de 1 (um) ano (CAPELLETTI, 1984, p. 116, KELSEN, 2007, p. 305). No sistema austríaco, portanto, a lei é considerada constitucional até que se declare o contrário, sendo válidos, também, todos os atos nela baseados.

Segundo KELSEN, essa irretroatividade se justifica, também, pelo respeito à opinião do legislador. Nesse sentido afirma que “enquanto a corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo” (KELSEN, 2007, p. 305), demonstrando ainda resquícios da ideia de supremacia do Parlamento.

Portanto, ao anular a lei, respeitando a opinião do legislador e considerando, consequentemente, eficaz todos os atos baseados na lei antes de declarada a sua inconstitucionalidade, pode-se concluir que o controle de constitucionalidade no sistema austríaco assume um caráter constitutivo da invalidade e da ineficácia das leis que não estão em consenso com a Constituição (CAPELLETTI, 1984, p. 117).

Outra grande diferença em relação ao modelo norte-americano diz respeito à eficácia das decisões. Enquanto, tradicionalmente, as decisões do modelo americano são limitadas ao caso concreto, as decisões da Corte Constitucional austríaca invalidam a lei não somente para o caso concreto, mas para todos os casos futuros (KELSEN, 2007, p. 305), possuindo, portanto, eficácia *erga omnes*.

Todavia, assim como aconteceu no modelo americano, a absoluta irretroatividade das decisões da Corte Constitucional austríaca possui uma exceção que, ao longo da prática constitucional, mostrou-se necessária.

Essa exceção à regra de não-retroatividade da decisão anulatória de lei inconstitucional era aplicada, justamente, nos casos concretos em que primeiramente se iniciou a discussão acerca da constitucionalidade da lei. KELSEN afirma que “a lei anulada pela decisão da corte não podia ser mais aplicada ao caso que provocara sua revisão e anulação” (KELSEN, 2007, p. 305).

E, de fato, não poderia ser diferente. Admitir a absoluta irretroatividade das decisões seria concluir que o pronunciamento da Corte não poderia ter qualquer eficácia justamente nos casos em que surgiram as questões de constitucionalidade, o que seria absurdo e inaceitável na prática (CAPELLETTI, 1984, p. 121).

Os fatos deduzidos em processos “comuns”, pendentes perante o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof*, dos quais surgiram as questões de inconstitucionalidade levadas à Corte Constitucional, pelo sistema austríaco, são válidos até a entrada em vigor do pronunciamento da inconstitucionalidade (CAPELLETTI, 1984, p. 121). Ora, não aplicar efeitos retroativos ao caso concreto seria o mesmo que não julgá-lo, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei em questão, mas considerando-a válida e eficaz justamente no caso que originou a sua revisão.

Contudo, a esse respeito, CAPELLETTI faz uma importante ressalva: essa aplicação limitada da retroatividade pode gerar disparidades na isonomia de tratamento aos jurisdicionados. Isso porque, enquanto as partes do caso concreto em que foi arguida a inconstitucionalidade são beneficiadas pela retroatividade, o mesmo não acontece aos possíveis casos análogos, pendentes de julgamento, cuja decisão deverá ser regida pela norma já declarada inconstitucional (1984, p. 122).

Destarte, a radical contraposição entre os sistemas austríaco e norte-americano se amenizou sobremaneira, já que tanto o modelo austríaco, quanto o modelo americano flexibilizaram-se com a prática constitucional, admitindo a modulação dos efeitos de suas decisões (o modelo americano para admitir a prospecção dos efeitos e o modelo austríaco para permitir a retroatividade dos efeitos), diante de circunstâncias específicas, sempre em prol da segurança jurídica.

2.3. Influências dos modelos austríaco e americano no sistema brasileiro.

Como demonstrado, no modelo norte-americano de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, as decisões têm efeitos, tradicionalmente, *ex tunc*, por considerarem nula a lei inconstitucional desde sua origem, sendo, portanto, ineficazes todos os atos que foram nela baseados. Assim, nesse sistema, o papel da Suprema Corte é, basicamente, o de declarar a nulidade de uma lei que, desde sua criação, já se considera nula, por estar em contraste com a Constituição.

No modelo austríaco, por outro lado, as decisões proferidas pela Corte Constitucional têm, via de regra, eficácia *ex nunc*. Nesse modelo, considera-se constitucional e válida a lei até que passe a vigorar o pronunciamento de inconstitucionalidade. Ao contrário do sistema norte-americano, a Corte anula (cassa) a lei inconstitucional.

O sistema brasileiro sofreu grande influência por parte dos dois modelos. Foi a partir da combinação dos dois modelos que surgiu o sistema misto brasileiro. Dessa forma, o modelo brasileiro, por ser um sistema misto, apresenta tanto um controle jurisdicional de constitucionalidade concentrado (austríaco), quanto difuso (americano) (MENDES, 2016, p. 1.080).

No que se refere aos efeitos das decisões proferidas no âmbito de controle de constitucionalidade das leis, o sistema brasileiro sofreu influência, principalmente, do modelo norte-americano.

A esse respeito, Rui BARBOSA afirma que, aos tribunais, cabe *declarar a nulidade* de uma lei quando esta contrastar com a lei fundamental, já que a lei somente pode ser *anulada* por outra lei superveniente (BARBOSA, 1910, p. 110). José Castro NUNES, por sua vez, afirma que, com base na supremacia da Constituição, “o Tribunal ignora, desconhece a lei incompatível, deixa de aplicá-la, põe-na de lado e decide o caso como se ela não existisse” (NUNES, 1943, p. 589). Francisco CAMPOS afirmou que “o ato ou a lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou o é para o Direito como se nunca houvesse existido” (CAMPOS, 1956, p. 430). Também Alfredo BUZAID caminhou no mesmo sentido, afirmando que “sempre se entendeu entre nós, de conformidade com lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição é *absolutamente nula; não simplesmente anulável*” (BUZAID, p. 128).

Como se percebe, a doutrina brasileira adotou a teoria da nulidade, que foi sustentada por quase todos os importantes constitucionalistas do país. Tradicionalmente, para se sustentar a teoria da nulidade, afirmava-se que “o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição” (MENDES, 2016, p. 1.341). Consequentemente, via de regra, as decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade limitam-se a declarar a nulidade da lei inconstitucional.

Contudo, essa teoria passou a ser mitigada, admitindo-se, mesmo antes da edição da Lei nº 9.868/99 e em situações específicas, a atribuição de efeitos prospectivos às decisões de declaração de inconstitucionalidade. Como bem observou Eduardo Schenato PIÑERO mesmo havendo tradição no sentido da nulidade da norma, o STF nem sempre seguiu essa perspectiva (2012, p. 215). Podem ser encontradas, na jurisprudência do STF, exceções a essa clássica compreensão, em decisões que, ao invés de apenas declararem a nulidade da lei inconstitucional, *anularam* a lei, admitindo como válidos os atos praticados antes do pronunciamento da inconstitucionalidade da lei, como acontece no modelo austríaco.⁷

Também na doutrina, o entendimento acerca da eficácia retroativa das decisões proferidas em controle de constitucionalidade, apesar de majoritário, não era unânime. Como ressalta Teresa Arruda ALVIM “é clássica a objeção de Lúcio Bittencourt, no sentido de que a doutrina da ineficácia *ab initio* não podia ser absoluta” (2019, p. 27).

As situações da prática constitucional que levaram à mitigação da tradicional atribuição de efeitos *ex tunc* e à possibilidade de modulação dos efeitos das decisões constitucionais serão melhor analisadas no capítulo a seguir.

⁷ As decisões do STF que admitiram a atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade de lei serão analisadas no capítulo seguinte.

3. MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES CONSTITUCIONAIS

Como visto alhures, as discussões acerca dos efeitos temporais das decisões e sua relativização surgiram, inicialmente, no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, pois foi nessa prática que se verificou o impacto social das decisões, com a consequente necessidade de, em alguns casos, modular seus efeitos. Nesse sentido, analisamos, com base na classificação trazida por CAPELLETTI, os dois principais modelos de controle de constitucionalidades sob o aspecto dos efeitos das decisões: o norte-americano e o austríaco.

Passa-se, no presente capítulo, ao estudo pormenorizado das influências dos modelos americano e austríaco quanto aos efeitos das decisões no direito brasileiro, analisando a evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial (i) acerca da aplicação absoluta da teoria de nulidade (modelo americano) e da anulabilidade (modelo austríaco), bem como (ii) acerca da possibilidade de modulação de efeitos, até a sua previsão expressa em lei federal.

Será analisada, ainda, a objetivação do controle difuso de constitucionalidade e a consequente formação de um microssistema de precedentes vinculantes, que atribui caráter vinculante não somente às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mas também às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores no âmbito infraconstitucional, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, que possui papel uniformizador da jurisprudência nacional.

A partir da atribuição de maior caráter vinculante aos precedentes proferidos pelo STJ, bem como do reconhecimento da atividade jurisdicional como fonte de direito, percebe-se a importância de, nos casos de mudança de entendimento dominante, modular os efeitos dessas decisões, visando à proteção da segurança jurídica e da isonomia entre os jurisdicionados.

3.1. Evolução: da teoria da nulidade à modulação dos efeitos

O sistema brasileiro adotou a teoria da nulidade, fundada na antiga doutrina norte-americana, segundo a qual uma lei inconstitucional é nula *ab initio*, ou seja, nula desde seu nascimento. Assim, grande parcela da doutrina brasileira posicionou-se no sentido de equiparar a inconstitucionalidade à nulidade, afirmando-se que “qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição” (MENDES, 2016, p. 1.341).

A esse respeito, CANOTILHO afirma que, de fato, no *judicial review*, o efeito típico das decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma lei é o da nulidade. Como

consequência, são invalidados todos os atos provenientes da lei inconstitucional, mesmo aqueles praticados antes da declaração de sua constitucionalidade (CANOTILHO, 1993, pp. 969-970).

Como consequência da adoção dessa teoria, as decisões que declaravam a inconstitucionalidade de uma lei seriam aplicadas retroativamente. Com efeito, sendo a lei inconstitucional nula desde de seu nascimento, consideram-se também nulos os seus efeitos, sendo natural que a decisão que constata o vício declare a sua nulidade com efeito retroativo (PIÑEIRO, 2012, p. 215).

Apesar da preponderância da tradição no sentido da nulidade das leis inconstitucionais, o STF não ignorou as dificuldades de sua aplicação incondicional. Como bem observou PIÑEIRO, mesmo antes da edição da Lei nº 9.868/99, podem ser encontradas exceções à essa compreensão (2012, p. 215). No mesmo sentido aponta Ana Paula ÁVILA, ao afirmar que “essa ressalva quanto aos efeitos no controle de constitucionalidade já vinha sendo realizada pelo Supremo Tribunal Federal, antes mesmo do advento da Lei nº 9.868/99” (2009, p. 41).

E isso se deu porque, como reconhecido pelo Min. Sepúlveda Pertence “a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo” (MARTINS; MENDES, 2007, p. 434). De fato, a aplicação de uma lei por muitos anos torna quase impossível a simples declaração de sua nulidade, sendo necessária a utilização de alguma técnica alternativa, fundada no princípio constitucional da segurança jurídica (MARTINS; MENDES, 2007, p. 487). Além disso, o aumento dos casos levados ao Poder Judiciário para se discutir a constitucionalidade de uma lei, em que, se declarada inconstitucional, teria seus efeitos inteiramente apagados do mundo jurídico, se revelava bastante complexo e impactante (ALVIM, 2019, p. 27).

Ainda no remoto ano de 1977, no Recurso Extraordinário nº 79.343/BA,⁸ questionou-se a tradicional teoria da nulidade com a conseqüente aplicação de efeitos retroativos. Nesse julgamento, tomando como base o modelo austríaco de controle judicial de constitucionalidade, apontou-se que, segundo Kelsen, a decisão sobre a inconstitucionalidade da lei não seria declaratória, mas constitutiva, já que, sem a decisão e antes dela, o ato não poderia ser considerado, desde sua criação, como nulo (PIÑEIRO, 2012, p. 216). A fim de elucidar o

⁸ Confira-se a ementa, que bem elucida o entendimento esposado no julgado: “Declaração, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Dec.-lei n. 322, de 7 de abril de 1967 (RTJ 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza da declaração que pronuncia a inconstitucionalidade da lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção, em que se acharia o agente, de haver concluído contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF, RE 79.343/BA, rel. Min. Leitão de Abreu, 2ª Turma, j. em 31.05.1977, DJ 02.09.1977)

pensamento esposado pelo então Ministro Leitão de Abreu, vale destacar o seguinte trecho do voto:

[...] a lei inconstitucional é um ato 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, apure-se prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão que decreta a inconstitucionalidade pode atingir, prejudicando, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo [...] (ALVIM, 2019, p. 16).

Como se vê, nessa oportunidade foi fixado o caráter constitutivo da declaração de inconstitucionalidade do ato em questão, mas sem que se rompesse com a tradicional compreensão de seu efeito retroativo (PIÑEIRO, 2012, p. 217). Assim, apesar da sua importância histórica, as razões desse julgado não representaram virada da supremacia da teoria da nulidade.

Em 1993, ao julgar o RE 122.202/MG, o STF, sob a relatoria do Min. Francisco Rezek, com base na boa-fé e na estabilidade das relações jurídicas, optou por manter os benefícios recebidos pelos magistrados por lei posteriormente declarada inconstitucional, decidindo que o pagamento deveria ser interrompido, mas as quantias recebidas não deveriam ser devolvidas, superando, no caso, o efeito *ex tunc* de declaração de inconstitucionalidade (ALVIM, 2019, p.28; PIÑEIRO, 2012, p. 212).

Até mesmo antes do julgamento do RE 79.343/BA, em 1974, no RE 78.594/SP, ao questionar atos praticados por oficiais de justiça designados por lei declarada inconstitucional pelo STF, pleiteou-se a nulidade de todos os atos praticados, com base na tradicional atribuição de efeitos *ex tunc* da decisão e inconstitucionalidade. Nesse julgamento, com base nos princípios gerais do direito administrativo e do direito processual civil, foram afastados os efeitos *ex tunc*, declarando válidos os atos praticados por “oficiais de justiça de fato” (PIÑEIRO, 2012, p. 218).

Em sede de controle concentrado, o STF também já havia se manifestado, mesmo antes da edição da Lei nº 9.868/99, a respeito da possibilidade de modular os efeitos de suas decisões. Na ADI nº 513, julgada em junho de 1991, apesar de ter mantido a nulidade *ex tunc* em seu voto, seguido pelos demais, o Min. Célio Borja, aventou a possibilidade de se reconhecer a invalidade de norma tributária com eficácia prospectiva (NOGUEIRA, 2014, p. 17). Já na ADI nº 1.102, julgada em outubro de 1995, como ressaltou Antônio de Pádua Soubhie NOGUEIRA, apesar de não ter sido objeto de maiores debates, o Min. Maurício Corrêa, mostrando-se

preocupado com os efeitos que a decisão poderia trazer aos cofres da Previdência Social, ressaltou seu entendimento a favor da mitigação dos efeitos. Em favor de sua tese, citou o caso *Linkletter v. Walker*, afirmando que “os efeitos *ex tunc* e *ex nunc* 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” (2014, p. 17), e concluiu o seguinte:

[...] 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 dos efeitos que deveriam ser impostos, quando, nessa hipótese, defluísse situação tal a recomendar na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse ‘dies a quo’, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento cautelar [...] (NOGUEIRA, 2014, p. 17-18).

Na doutrina, destaca-se a objeção de Lúcio BITTENCOURT, que, já na década de 1940, afirmava que a doutrina da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional não poderia ser entendida em termos absolutos, tendo em vista que seus efeitos não podem ser suprimidos instantaneamente pelo Poder Judiciário (BITTENCOURT, 1997, p. 147-148; ALVIM, 2019, p. 27; ÁVILA, 2009, p. 40). A respeito, vale conferir as palavras de Lúcio BITTENCOURT:

“[...] as relações jurídicas que se constituírem, de boa-fé, à sombra da lei não ficam sumariamente canceladas em consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem a coisa severamente julgada perde, por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade. A jurisprudência americana fornece várias ilustrações sobre o assunto, mostrando, todavia, certa insegurança e flutuação, que não nos permite deduzir uma regra definitiva. [...] É manifesto que essa doutrina da eficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples decreto Judiciário” (BITTENCOURT, C.A. Lúcio, 1997, p. 147-148).

Essas decisões – que demonstram que a criação e novas técnicas de decisão decorrem do próprio sistema constitucional, principalmente do complexo sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo sistema brasileiro (MARTINS; MENDES, 2007, p. 434) –, bem como a constatação da evolução no Direito Comparado no sentido de possibilitar a mitigação dos efeitos retrospectivos em casos específicos (como bem observou Lúcio BITTENCOURT ao se referir ao sistema norte-americano), levaram à edição de Lei nº 9.868/99, que permite ao STF, por maioria diferenciada, decidir sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Apesar de a referida lei fazer referência tão somente às decisões proferidas em Ação Direta de Inconstitucionalidade e em Ação Declaratória de Constitucionalidade, é possível observar a modulação de efeitos, após a edição da lei, também em sede de controle difuso.

O marco jurisprudencial foi o RE nº 197.917/SP, em que se deliberou a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso (PIÑEIRO, 2012, p. 219). O recurso considerou inconstitucional a Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, por exceder o número de vereadores permitidos, em ofensa ao art. 29, IV, da Constituição Federal.

No caso, vislumbrou-se que a atribuição de efeitos *ex tunc* poderia proporcionar uma situação caótica, causando tumultos a muitos atos, como a aprovação de contas (ALVIM, 2019, p. 28). Por esse motivo, foi mencionado o art. 27 da Lei nº 9.868/99, ressaltando que os fundamentos previstos no referido artigo, para a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, são o excepcional interesse social e segurança jurídica. Esses conceitos jurídicos indeterminados, ambos com base constitucional, foram os critérios apontados para a verificação da necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, que deve ser realizada mediante severo juízo de ponderação (PIÑEIRO, 2012, p. 220-224).

Nessa oportunidade, portanto, aplicou-se o art. 27 da Lei nº 9.868/99 no âmbito de controle difuso de constitucionalidade, entendendo-se que o sistema de controle de constitucionalidade americano demonstra que o controle incidental não é incompatível com a ideia de limitação dos efeitos retroativos na decisão de inconstitucionalidade. Dessa forma, com base na experiência americana, e na ponderação dos conceitos jurídicos indeterminados da segurança jurídica e do excepcional interesse social, “a regra da nulidade deve ceder a razões de coerência sistemática e de segurança jurídica que seriam ditadas por situações excepcionais” (PIÑEIRO, 2012, p. 225).

Vale destacar, contudo, que, no caso supracitado, “os efeitos modulados não foram os da carga normativa ‘extra autos’, mas os da decisão, em relação às próprias partes” (ALVIM, 2019, p. 28).

Esse não foi, contudo, o único julgado em que o STF modulou os efeitos de decisões proferidas em controle de constitucionalidade difuso. Também em outras situações, o STF, com fundamento na segurança jurídica e excepcional interesse social, modulou os efeitos de suas

decisões.⁹ Pode-se concluir, portanto, pela possibilidade, também em controle difuso de constitucionalidade, da modulação de efeitos em casos excepcionais, mediante severo juízo de ponderação.

Nesse sentido, ÁVILA ressalta que não se pode interpretar a possibilidade de modulação dos efeitos somente em controle abstrato apenas porque sua autorização está prevista em lei que regula o controle de constitucionalidade pela via de ação principal, pois, o que suscita a necessidade de superação da regra da retroatividade “são as normas constitucionais que tutelam a manutenção das situações geradas pela norma inconstitucional, protegendo situações deduzidas em juízo tanto pelo controle concreto como pelo abstrato” (2009, p. 60). Luiz Guilherme MARINONI afirma, ainda, que a possibilidade de se modular os efeitos das decisões em controle incidental deriva, exclusivamente, dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança justificada, e não da previsão legal de que a técnica possa ser aplicada em controle concentrado de constitucionalidade (2011, p. 24).

Mesmo após a edição da Lei nº 9.868/99, portanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STF demonstraram a possibilidade, também em controle difuso de constitucionalidade, de se modular os efeitos das decisões em casos excepcionais, mediante juízo de ponderação, numa aplicação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que, vale dizer, “limita-se a explicitar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade” (MARTINS; MENDES, 2007, p. 509).

Assim, verifica-se que, mesmo antes do advento da Lei nº 9.868/99, o STF já admitia, em situações excepcionais e a despeito da doutrina majoritária e da tradição jurisprudencial, a atenuação dos efeitos inteiramente retrospectivos da declaração da inconstitucionalidade. Dessa forma, a positivação da possibilidade de fixação de efeitos prospectivos não representou, exatamente, uma inovação nesse aspecto. Pelo contrário, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 surgiu como resultado de uma longa evolução, que passou da tradicional aplicação incondicional da nulidade da lei inconstitucional, com efeitos *ex tunc*, à possibilidade de sua mitigação, com a fixação de efeitos *ex nunc*, reconhecendo, em casos específicos e em prol da segurança jurídica e do interesse social, como válidos os efeitos produzidos antes de proferida a decisão de inconstitucionalidade.

⁹ PIÑEIRO cita, como exemplo o RE nº 556.664/RS, em que o STF utilizou como critérios, para modular os efeitos, a repercussão e a insegurança jurídica que o caso poderia propiciar (STF, RE nº 556.664/RS, Tribunal Pleno, j. 15.05.2007); e o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 467.843-5/RJ, ressaltando que, nesse caso, o STF vetou a aplicação da modulação de efeitos pelas Turmas, devendo ser a técnica realizada, em caráter excepcional, somente pelo Plenário (STF, AgRg no AI nº 467.843-5/RJ, 2ª Turma, DJ 01.02.2008) (PIÑEIRO, 2012, p. 226).

3.2. Artigo 27 da Lei nº 9.868/99: fundamentos e requisitos

A Lei nº 9.868/99 regulamenta o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em seu artigo 27,¹⁰⁻¹¹ a lei prevê a possibilidade de o STF, por maioria qualificada e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou decidir que a decisão passe a ter eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou momento posterior. Também a lei que regulamenta a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei nº 9.882/99), prevê, no seu art. 11,¹² a possibilidade de modulação de efeitos das decisões, nos mesmos termos da Lei nº 9.868/99.

Como já anteriormente explicitado, o Supremo Tribunal Federal, há muito, já vinha apontando as insuficiências das tradicionais técnicas decisórias no âmbito do controle de constitucionalidade. Como registrado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a tradicional e ortodoxa eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da lei ou revogação da lei por inconstitucionalidade não leva em consideração que a implementação de uma nova ordem constitucional é um processo, que, portanto, não ocorre de imediato (MARTINS; MENDES, 2007, p. 434).

Há julgados que, antes da edição da Lei nº 9.868/99, já admitiam a mitigação da aplicação absoluta dos efeitos retrospectivos das decisões de inconstitucionalidade em prol de assegurar a segurança jurídica e a boa-fé objetiva. Assim, a positivação da possibilidade de modular os efeitos das decisões não representou, necessariamente, uma inovação no nosso

¹⁰ 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.

¹¹ Nas ADI nº 2.154/DF e ADI nº 2.258/DF, propostas pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e a Ordem dos Advogados do Brasil, discute-se, dentre outros artigos, a inconstitucionalidade do art. 27. Na presente monografia, contudo, não se adentrará em maiores discussões acerca da inconstitucionalidade, ou não, do referido artigo, considerando que as ADIs estão suspensas em razão do pedido de vista da Ministra Carmen Lúcia e, portanto, seguem pendentes de decisão. Considerar-se-á, como pressuposto metodológico, a constitucionalidade do artigo pela sua validação pela Tribunal, que reiteradas vezes lançou mão do dispositivo para modular os efeitos de suas decisões.

¹² Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

ordenamento jurídico (ÁVILA, 2009, p. 49), apesar de, definitivamente, significar um grande avanço no regime de atribuição de efeitos.

Na exposição de motivos da proposta da Lei nº 9.868/99,¹³ justamente com base na constatação da evolução do direito comparado e na experiência constitucional, sustentou-se que, mediante rigoroso juízo de ponderação entre a nulidade da lei inconstitucional e os princípios da segurança jurídica e interesse social, “o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional” (MARTINS e MENDES, 2007, p. 435).

Há, de fato, inúmeras hipóteses em que se verifica a possibilidade, com base no princípio da segurança jurídica, do afastamento da incidência do princípio da nulidade, sem que se abandone a tradicional doutrina da nulidade da lei inconstitucional.¹⁴ A não atribuição de efeitos prospectivos nessas situações levaria, como consequência, à não declaração de inconstitucionalidade de leis, indicando que, na realidade, a ausência de uma técnica alternativa à declaração de inconstitucionalidade com efeitos retrospectivos é que poderia enfraquecer a aplicação da norma constitucional (MARTINS; MENDES, 2007, p. 508).

A redação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 tem como fundamento, portanto, o próprio sistema constitucional, surgindo principalmente como decorrência do complexo sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, em combinação com a constatação da evolução no Direito Constitucional Comparado no sentido de possibilitar a atribuição de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* a fim de evitar situações de insegurança jurídica, que resultem em maior contradição aos ditames da Constituição (MARTINS; MENDES, 2007, p. 434).

¹³ A exposição de motivos n. 189, de 07/04/1997, relativa ao Projeto de Lei n. 2.960, que deu origem à Lei nº 9.868/99, assim afirmava, a respeito da modulação dos efeitos: “[...] Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*, ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v. g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional. [...]” (MARTINS e MENDES, 2007, p. 433).

¹⁴ Como exemplo, MARTINS e MENDES citam a inconstitucionalidade de normas orçamentárias, a declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado durante anos sem que houvesse contestação, dentre outros (2007, P. 508).

Quanto aos requisitos do artigo sob análise, adotar-se-á, no presente trabalho, a classificação trazida por Ana Paula ÁVILA, que os subdividiu em formais e materiais.

O requisito formal consiste, basicamente, no procedimento que deve ser adotado quando da modulação dos efeitos da decisão que declarar a inconstitucionalidade de uma lei. O legislador, também no aspecto procedimental, optou por um modelo restritivo (MARTINS e MENDES, 2007, p. 510), exigindo, para que sejam atribuídos os efeitos prospectivos, a formação de um quórum qualificado, de maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, tratando-se, portanto, de um requisito que reforça, no aspecto formal, a decisão que suavizar a atribuição de efeitos *ex tunc* (ÁVILA, 2009, p. 59).

Esse requisito reforça, portanto, o caráter excepcional da modulação dos efeitos. Ora, o quórum para que se proceda à modulação é maior até que o exigido para que se declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Com efeito, nos termos do art. 97 da Constituição Federal e art. 23 da Lei n 9.868/99, é necessária a maioria absoluta (o que equivale a seis Ministros) para que se pronuncie inconstitucional uma lei, enquanto para que se module os efeitos, é necessária maioria qualificada, equivalente a dois terços dos Ministros.

O art. 27 exige, ainda, que a disposição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade seja feita somente em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (requisitos materiais).

Por se tratar de norma com caráter evidentemente interpretativo, para a sua aplicação é necessária a cuidadosa ponderação,¹⁵ no caso concreto, de que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa, com efeitos retroativos, sacrificaria a segurança jurídica ou outro valor constitucional materializável sob a forma de excepcional interesse social (MARTINS; MENDES, 2007, p. 509).

Como os fundamentos materiais para a aplicação da norma contida no art. 27 são conceitos jurídicos indeterminados – conceitos amplos que carecem de preenchimento valorativo -, surge a preocupação com a sua aplicação arbitrária, que permitiria a modulação dos efeitos com base em considerações tão somente políticas, baseadas em juízo de conveniência. Para evitar que tal ocorra, é impositivo que a determinação dos efeitos esteja assentada em considerações de ordem jurídica, necessariamente de ordem constitucional,

¹⁵ Ana Paula ÁVILA, com base nos entendimentos de Larenz, Muller e Alexy quanto à construção do significado da norma pelo intérprete, sustenta que “essas ideias podem ser condensadas em um procedimento de ponderação estruturado em três fases distintas: primeiro, a identificação e análise dos princípios (valores, direitos, interesses, etc.) que estejam em conflito em face do caso concreto; segundo, a atribuição de peso e importância correspondente a cada princípio objeto de ponderação; e, terceiro, a determinação da prevalência de um princípio sobre os demais” (2009, p. 92).

levando em conta, a partir de razões constitucionalmente plausíveis, as situações consolidadas no tempo, os direitos fundamentais e os interesses afetados pelas leis em análise, além do próprio interesse público na preservação da segurança jurídica (ÁVILA, 2009, p. 63). É, portanto, com base nessas premissas que se deve conceituar os princípios da segurança jurídica e interesse social.

Como bem ressaltaram Ives Gandra MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES a segurança jurídica encontra expressão no próprio Estado Democrático de Direito, sendo esse princípio aceito tanto na doutrina pátria quanto na estrangeira (2007, p. 509). Tratando-se de tema vasto, a segurança jurídica tem diversas dimensões, que se interpenetram e se complementam (ALVIM, 2019, p. 35).

Como observou Ana Paula ÁVILA, a doutrina tem interpretado a segurança jurídica na Lei nº 9.868/99 pela sua vertente subjetiva, que equivale, quase sempre, à proteção da confiança (ÁVILA, 2009, p. 147). Teresa Arruda ALVIM, a propósito da proteção da confiança, afirma que, embora não seja a única, a proteção da confiança é, também, a razão de ser do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Isso porque existe presunção de que a lei não é inconstitucional e, por esse motivo, confia-se na sua higidez, surgindo, a partir daí, a necessidade de que se preserve o passado no julgamento de procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ALVIM, 2019, p. 61).

Uma das características essenciais da segurança jurídica consiste na previsibilidade, que permite ao indivíduo as condições de saber quais são as normas vigentes, bem como de ter expectativas de que essas normas se cumpram (ÁVILA, 2009, p. 147). Nesse sentido, Teresa Arruda ALVIM afirma que uma das características mais importantes do direito é, justamente, a de gerar previsibilidade (2019, p. 37).

No seu aspecto objetivo, a segurança jurídica diz respeito à estabilidade das relações jurídicas, entendidas como os atos jurídicos perfeitos, direito adquirido e coisa julgada, previstos no art. 5º, XXXVI, da CF/88, bem como à irretroatividade de atos estatais. No seu aspecto subjetivo, a segurança diz respeito, essencialmente, à proteção da confiança, que abarca “os direitos e expectativas dos indivíduos em face das manifestações estatais, especialmente quando ocorrem modificações nessas manifestações” (ÁVILA, 2009, p. 149). O aspecto subjetivo da segurança jurídica, manifestado pela proteção da confiança, está relacionado, portanto, a componentes de previsibilidade e calculabilidade dos indivíduos frente aos efeitos jurídicos dos atos do Poder Público (CANOTILHO, 2014, p. 257).

CANOTILHO aponta que a segurança jurídica e a proteção da confiança exigem, no fundo, “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos” (2014, p. 257).

Sem pretender esgotar esse amplo tema, pode-se concluir, com base nesses apontamentos, que a segurança jurídica, no seu aspecto subjetivo, busca (i) resguardar a estabilização das relações jurídicas havidas entre indivíduos que, de boa-fé, confiaram que o texto normativo ou o posicionamento da jurisprudência seriam cumpridos e seus efeitos seriam regularmente produzidos; e (ii) garantir que as eventuais mudanças no direito não surpreendam, de forma brusca e injustificada, os regimes consolidados, violando toda a previsibilidade do direito (PEIXOTO, 2019, p. 57).

Entende-se, portanto, que a atribuição de efeitos prospectivos (seja *ex nunc*, seja *pro futuro*), deve ser realizada mediante detida análise dos possíveis efeitos nefastos que a simples declaração de inconstitucionalidade poderia gerar à segurança jurídica, num rigoroso juízo de ponderação, a fim de se evitar generalizações.

Além da segurança jurídica, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 prevê, alternativamente, o *excepcional interesse social* como requisito material. Esse requisito, contudo, não tem o respaldo constitucional que o princípio da segurança jurídica possui. Como observou Ana Paula ÁVILA, pouco se encontra na doutrina sobre esse conceito no âmbito de controle de constitucionalidade. De fato, não há, na Constituição Federal, qualquer alusão à *excepcional interesse social* que seja aplicável ao controle de constitucionalidade (ÁVILA, 2009, p. 166).

No direito português, alude-se a *interesse público de excepcional relevo*. A esse respeito, Ana Paula ÁVILA indica a ressalva realizada por Rui Medeiros no direito português, no sentido de que o constituinte português somente lançou mão do interesse público de excepcional relevo por não encontrar expressão melhor, já que a segurança jurídica e a equidade, por si só, não seriam capazes de abarcar todas as situações que poderiam exigir a restrição dos efeitos retroativos. Assim, Rui MEDEIROS reconhece a exigência de uma fundamentação reforçada quando da aplicação desse conceito jurídico indeterminado, devendo ser considerados, apenas, interesses constitucionalmente protegidos, que não estejam abrangidos pelas noções de segurança jurídica e de equidade (ÁVILA, 2009, p. 165).

Nesse mesmo sentido entenderam Ives Gandra MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES, ao consignar que a ponderação *in concreto* deve ser realizada levando-se em consideração a segurança jurídica ou “outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse

social”, indicando que o conceito de *interesse social* deve vir adstrito a fundamento constitucional próprio, e não em consideração de política judiciária (2007, p. 509-510).

Assim, diante da ausência da conceituação, no direito brasileiro, do excepcional interesse social, esse requisito material deve ser interpretado, quando da modulação dos efeitos, em conformidade com a Constituição, vinculando-o às disposições com nítido valor constitucional. Para se afastar a nulidade da norma inconstitucional, portanto, a decisão fundada em excepcional interesse social deve ter adequada fundamentação jurídico-constitucional.

3.3. Da objetivação do controle difuso de constitucionalidade à formação de um sistema de precedentes vinculantes: encaminhamentos à previsão do Código de Processo Civil de 2015

Como indicado anteriormente, as discussões acerca da possibilidade de modulação de efeitos temporais das decisões surgiram, primeiramente, no âmbito do controle de constitucionalidade, culminando com a edição da Lei nº 9.868/99, que prevê, em seu artigo 27, a possibilidade de “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”. Apesar de referida norma estar prevista em lei que dispõe somente de ações sobre controle concentrado, restou demonstrado que a modulação também pode ser aplicada em controle difuso, principalmente porque “limita-se a explicitar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade” (MARTINS; MENDES, 2007, p. 509).

Posteriormente, essa discussão passou a ser relevante também nas decisões infraconstitucionais, proferidas especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça. Principalmente a partir da década de 90, passou-se a atribuir cada vez mais valor à jurisprudência. No presente tópico, passa-se ao estudo desse fenômeno, que resultou na criação formal de um verdadeiro sistema de precedentes.

Antes, contudo, da análise do fenômeno em si, cumpre fazer uma breve conceituação de precedente. Segundo Ravi PEIXOTO, há dois aspectos principais no precedente. O primeiro deles, chamado de próprio, refere-se a todo o ato decisório (relatório, fundamentação e dispositivo) e, a partir dessa decisão e das decisões posteriores é que se forma a regra geral. O precedente próprio, portanto, é considerado o ponto de partida para a resolução dos casos semelhantes. O segundo conceito é chamado de impróprio, consiste na “norma jurídica desenvolvida a partir da decisão enquanto texto a ser interpretado”. Enquanto o primeiro

conceito refere-se a um fato jurídico de criação normativa, sendo, portanto, fonte de direito, o segundo consiste no aspecto normativo (PEIXOTO, 2019, p. 147-148).

Em suma, pode-se afirmar que, se um precedente é uma decisão judicial, o que a torna um precedente é o potencial de servir como regra para futuras decisões que tratem de casos envolvendo fatos ou questões jurídicas semelhantes (MEDINA, 2016, p. 823; ALVIM, 2019, p. 95). Dessa forma, o que distingue um precedente de uma decisão judicial é a sua potencialidade de servir de regra para casos futuros. Para fins metodológicos, ante a vasta discussão acerca da teoria dos precedentes, seguindo a linha de MEDINA e ALVIM, esse é o sentido de precedente que será adotado.

A valorização dos precedentes judiciais no sistema brasileiro possui diversas causas. Aqui, é possível elencar alguns fatores relevantes, como: (i) a aproximação entre os sistemas de *common law*, que passam por um aumento da utilização da legislação, e de *civil law*, que passam por uma valorização dos precedentes,¹⁶ devido às trocas de influências na busca de soluções jurídicas, que resultam da globalização do direito (PEIXOTO, 2019, p. 135-136, MITIDIERO, 2015, p. 333-334); (ii) a busca por um processo seguro e eficiente, aliada ao aumento do acesso à justiça, à informação e às constantes mudanças sociais (PEIXOTO, 2019, p. 25); e (iii) o combate à coexistência de julgados díspares sobre uma mesma questão jurídica central, que afrontam os princípios da segurança jurídica e da isonomia (PINHO e RODRIGUES, 2016, p. 406).

Essa valorização dos precedentes pôde ser observada, primeiramente, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, por meio de um fenômeno que a doutrina convencionou denominar de objetivação do controle de difuso de constitucionalidade.¹⁷ Como apontado por Pedro José Costa de MELO, essa objetivação é observada quando as decisões de constitucionalidade proferidas em controle difuso passam a ter efeitos semelhantes aos das decisões proferidas em sede de controle concentrado. Tradicionalmente, o reconhecimento da inconstitucionalidade em controle difuso tem, exclusivamente, eficácia *inter partes*. Isto é, a decisão sobre a inconstitucionalidade da norma era tida como questão prejudicial somente no caso concreto, ignorando a possibilidade de se aplicar a mesma solução a outros casos concretos com situações fáticas semelhantes. Com a objetivação, passou-se a atribuir efeitos

¹⁶ Davi Mitidiero elenca como causas para a aproximação entre esses dois clássicos sistemas, no direito brasileiro, “a existência de controle difuso de constitucionalidade, o emprego crescente de textos redigidos a partir de técnica legislativa aberta e, sobretudo, uma nova compreensão a respeito do significado da interpretação jurídica” (MITIDIERO, 20125, p. 334)

¹⁷ Importante destacar que, no âmbito do controle de constitucionalidade, esse fenômeno de objetivação surgiu também com a finalidade de solucionar a crise numérica, que compromete a eficiência da prestação jurisdicional pelo STF (CALDEIRA, 2014, p. 300).

transcendentes a esses casos em que a questão de constitucionalidade era somente prejudicial, ensejando a análise da questão em abstrato (MELO, 2016, p. 1.051).

Na década de 90, iniciou-se, com a Emenda Constitucional nº 03/93, uma relevante mudança quanto à eficácia das decisões do STF proferidas em controle de constitucionalidade. Essa emenda introduziu a ação declaratória de constitucionalidade e atribuiu às decisões proferidas tanto em ação declaratória de constitucionalidade quanto em ação direta de inconstitucionalidade, efeitos vinculantes, além da já reconhecida eficácia *erga omnes*.

Aqui, cumpre ressaltar a importante distinção entre a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes. Como ressaltou Pedro José Costa MELO, pela eficácia *erga omnes*, os efeitos da decisão atingem a toda a sociedade e, por isso, retira a norma inconstitucional do ordenamento jurídico. Contudo, a retirada da norma pela decisão de inconstitucionalidade não impede que uma outra norma idêntica seja editada pelo Poder Legislativo. O efeito vinculante, por sua vez, atinge os fundamentos determinantes da decisão, “o que impede que o intérprete, em futura aplicação do Direito, construa norma idêntica à declarada inconstitucional, mesmo a partir do novo texto idêntico, produzido pelo Legislativo após a decisão de inconstitucionalidade” (MELO, 2016, p. 1.051).

Também deve-se destacar, no âmbito constitucional, a edição da Emenda Constitucional nº 45/94. Por meio dessa emenda, foi introduzido o instituto da súmula vinculante, e foi criado um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário: a repercussão geral. Dessa forma, as questões analisadas pelo STF, mesmo em controle difuso de constitucionalidade, devem ter importância que transcende ao interesse das partes por razões de relevante interesse econômico, social ou jurídico (MELO, 2016, p. 1.052), sendo inequívoca a afirmação de Marcelo NOVELINO, de que o STF passa a exercer uma “função de defesa da ordem constitucional objetiva” (2008, p. 175).

Quanto a esse ponto, merece destaque a questão do quórum para se modular os efeitos das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Apesar de ser pacífico o entendimento acerca da possibilidade de se modular os efeitos em controle difuso de constitucionalidade, remanesce a discussão acerca do quórum, tendo em vista que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 prevê o quórum de 2/3 dos membros do Tribunal. Em julgado relativamente recente, datado de fevereiro de 2013, o STF resolveu questão de ordem no julgamento do RE nº 586.453/SE, consolidando o entendimento no sentido de que deve ser observado o quórum de 2/3 previsto na norma supracitada para se modular os efeitos de recurso extraordinário com repercussão geral, em razão de seu caráter objetivo.

De todo modo, essa atribuição de maior caráter vinculante às decisões judiciais não se restringe ao âmbito do controle de constitucionalidade. Também nas decisões infraconstitucionais é possível observar o fenômeno, que culminou na criação, pelo CPC/15, de um sistema de precedentes vinculantes, que se assemelha ao princípio do *stare decisis*.¹⁸ Apesar da tradição no sentido de que a atividade jurisdicional atua somente para observar a vontade concreta da lei (PEIXOTO, 2019, p. 297), possuindo, portanto, apenas um caráter complementar, não se pode ignorar a atividade criativa do juiz,¹⁹ tampouco se pode ignorar a carga normativa das decisões.²⁰ A esse respeito, vale reproduzir a síntese trazida por Pedro José Costa MELO:

Ora, já se examinou que ao aplicar a norma em processos onde se discutem direitos subjetivos, o judiciário produz não só uma norma concreta e individual, apta a regular aquela específica situação jurídica das partes do processo, mas também uma norma concreta e geral. É que incumbe ao julgador, ao aplicar uma norma, interpretar o seu sentido, definindo sua incidência, sua compatibilidade com o texto constitucional, balanceando o resultado de acordo com os direitos fundamentais. Do resultado dessa atividade se constrói uma norma jurídica que vai justificar sua decisão, que ficou conhecida como *ratio decidendi*. Essa norma não é simplesmente a norma individual do caso, o comando encerrado no dispositivo da sentença ('condeno a adimplir uma obrigação, 'declaro uma relação jurídica', ou 'constituo uma relação jurídica'), mas uma norma que fundamentará esse dispositivo, porque apta a regular o caso concreto (MELO, 2016, p. 1055).

Nesse mesmo sentido, Luiz Guilherme MARINONI afirma que a decisão judicial agrega sentido e substância à ordem legislativa, seja pela circunstância de atividade interpretativa que envolve valoração e análise de aspectos externos às normas, seja porque cabe ao juiz a concretização da norma dentro dos ditames da lei e das circunstâncias do caso concreto (2017, p. 149).

¹⁸ Ravi PEIXOTO aponta, como possíveis dificuldades na construção de um *stare decisis* brasileiro, a obrigatoriedade dos precedentes sem o adequado tratamento acerca do tema, que pode levar ao grave cenário de vinculação de precedentes "com a contínua ignorância das circunstâncias fáticas necessárias para a interpretação dos precedentes", assim como o risco de que os tribunais superiores não sigam os seus próprios precedentes. Assim, deve haver uma utilização adequada da teoria dos precedentes, para evitar os entraves que possam ocorrer. (2019, p. 138-146)

¹⁹ Ravi PEIXOTO, quanto a esse tema, ressalta que a concepção de que a atividade jurisdicional seria meramente declaratória da vontade de lei, foi superada por pensadores que concluíram que o juiz "não é a boca da lei, atuando na construção da norma a ser aplicada no caso concreto, que não advém de uma aplicação matemática, mas do direito vivo". Assim, conclui que esses novos aportes teóricos construíram uma outra forma de observação da atividade jurisdicional, que não apenas declara direitos, mas os cria (2019, p. 297-300).

²⁰ Teresa Arruda ALVIM afirma que, "nos últimos tempos, tem-se dado a devida atenção à carga normativa da jurisprudência", no sentido de que "as decisões judiciais são mais do que fontes de direito: são o próprio direito". Assim, a jurisprudência pacificada e os precedentes dos Tribunais Superiores, especialmente os que são considerados vinculantes pelo sistema processual civil atual, se consubstanciam em verdadeiras normas jurídicas, capazes de ditar pautas de conduta. (2019, p. 80-81).

Assim, a interpretação da norma infraconstitucional, contida na fundamentação, não é apta a regular somente o caso concreto, mas também outros casos similares (MELO, 2016, p. 1055).

Da mesma forma como ocorreu no controle difuso de constitucionalidade, também em sede infraconstitucional verificou-se, a partir da década de 90, diversas modificações legislativas no sentido de atribuir aos precedentes judiciais maior relevância no ordenamento jurídico.

Várias foram as reformas legislativas sofridas pelo Código de Processo Civil de 1973, a fim de conferir maior efeito vinculante e uniformizador à jurisprudência. Desse modo, foram desenvolvidos diversos mecanismos que permitiram acelerar os processos, justamente com base em jurisprudência consolidada. Destacam-se, dentre essas reformas, a que possibilitou a improcedência liminar do pedido; a que passou a impedir a aplicação do reexame necessário, na hipótese em que a decisão estivesse de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores; a que possibilitou que o próprio juiz de primeira instância impeça o processamento da apelação; e a que possibilitou o julgamento monocrático pelo relator quando há entendimento sumulado ou reiterado pelo tribunal. Houve, ainda a criação da sistemática dos recursos repetitivos, tanto no STF, quanto no STJ (PEIXOTO, 2019, p. 138; PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 406).

Como bem ressaltado por PINHO e RODRIGUES, a atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes judiciais tem grande relevância no Brasil, principalmente porque, tratando-se de um país continental, com um grande número de tribunais estaduais e federais, a uniformização do direito é medida que se impõe para garantir maior segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados (2016, p. 407).

Assim, diante da necessidade de maior uniformização dos precedentes a fim de se evitar o efeito deletério causado pela coexistência de precedentes distintos para tratar de casos similares, o CPC/15 consolidou as reformas ocorridas e ampliou as hipóteses em que as decisões possuem caráter obrigatório, para tentar instaurar uma espécie de *stare decisis* brasileiro, por meio de um sistema de precedentes (PEIXOTO, 2019, p. 138; PINHO e RODRIGUES, 2016, p. 407).

A criação do sistema de precedentes tem como fundamento dois princípios com estatura constitucional: a segurança jurídica e a isonomia (PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 410). MARINONI indica, ainda, outros dois fundamentos, que estão intimamente relacionados à segurança jurídica: a imparcialidade e a coerência do direito (2017, p. 157-165).

A segurança jurídica, como já visto, possui várias interfaces, sendo que as mais relevantes, no contexto aqui elencado, são, dentro do contexto subjetivo da proteção da confiança,²¹ a previsibilidade e a calculabilidade.

A segurança jurídica impõe, num sistema de precedentes, deveres fundamentais, que devem ser seguidos pelos tribunais em geral. O primeiro deles consiste no dever de uniformidade, “pelo qual o órgão jurisdicional deve tratar de modo equivalente os casos substancialmente iguais”; o segundo é o dever de estabilidade, devendo ser mantidas as razões que justificaram a decisão, sem variações injustificadas; há, ainda, o dever de integridade “pelo qual o Tribunal deve manter um constante diálogo entre as matérias já decididas e os casos atuais”; e, por fim, há o dever de coerência, que deve considerar a eficácia de cada julgado (PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 411).

A isonomia por sua vez, no contexto da sistemática de precedentes, deve assegurar que casos semelhantes tenham soluções semelhantes, evitando-se discriminações sem razão de ser (PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 411). Como explica Teresa Arruda ALVIM, reconhecer, no precedente, a capacidade de orientar e até mesmo determinar as decisões posteriores sobre o mesmo caso, transforma-o em norma jurídica e, nessa qualidade (de norma) “deve ser *a mesma para todos*, sob pena de se ver ignorada ou menosprezada a necessidade de *isonomia*” (2019, p. 86).

Vale ressaltar, ainda, que a criação de um sistema de precedentes contribui, também, à razoável duração do processo. Isso porque a uniformização dos entendimentos possibilita a aceleração das decisões de mérito tanto na fase de conhecimento, quanto na fase recursal, além de ajudar na redução da litigiosidade, pois pode desmotivar a propositura de novas ações que sejam fundadas em argumentos contrários aos já decididos pelos Tribunais Superiores, por exemplo (CUEVA, 2018, p. 111; PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 411). A esse respeito, vale conferir o entendimento de Villas Bôas CUEVA a respeito da maior eficiência que se pode alcançar com o sistema de precedentes:

Um sistema de precedentes obrigatórios ou vinculantes justifica-se com base nos princípios da segurança jurídica e da isonomia. A segurança jurídica enfeixa as noções de previsibilidade das decisões judiciais, contribuindo para maior eficiência do sistema de justiça, já que, por um lado, os aplicadores do direito não terão de, a cada caso, refazer o percurso hermenêutico que determinou a incidência da norma ao fato; por outro, os jurisdicionados terão orientação calculável de como proceder. Assim, haverá simplificação, redução da morosidade e diminuição da litigiosidade. A

²¹ Quanto à proteção da confiança, Teresa Arruda ALVIM afirma, de forma escurra, que “*Indivíduos devem poder confiar no Estado*. O Estado não pode frustrar e desorientar o jurisdicionado, tendo condutas contraditórias, e, portanto, surpreendentes. O princípio da confiança é, ao nosso ver, insito ao Estado de Direito” (2019, p. 63).

isonomia significa que casos substancialmente iguais não terão soluções diferentes, não haverá ‘loteria jurisdicional (2018, p. 111).

Considerando todas as questões acima elencadas, o Código de Processo Civil de 2015, a fim de promover uma maior uniformização, estabilização e vinculação da jurisprudência, dedicou um capítulo inteiro (Capítulo I, do Título I, do Livro III) com regras nesse sentido (PINHEIRO; RODRIGUES, 2016, p. 412). Dentre os dispositivos que integram esse capítulo (arts. 926 a 928), o art. 927, mais especificamente o seu parágrafo terceiro, é o que interessa ao presente trabalho.

O art. 927 prevê o rol de decisões que possuem maior eficácia vinculante, bem como prevê as regras para o seu seguimento e eventual superação. O parágrafo terceiro do referido dispositivo dispõe que “a hipótese de alteração de 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”.

A possibilidade de modulação dos efeitos quando da alteração de jurisprudência dominante, num sistema de precedentes vinculantes, mostra-se como consequência quase intuitiva para que se preserve a isonomia e a segurança jurídica, manifestada pela legítima expectativa e confiança nas normas interpretadas pela jurisprudência. É que, ao mesmo tempo em que deve ser mantida a estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais, não se pode engessar o entendimento jurisprudencial, principalmente diante das constantes mudanças sociais que ocorrem na atualidade. Dessa forma, a modulação de efeitos surge como uma técnica decisória alternativa, a fim de proteger aqueles que pautaram suas condutas com base em jurisprudência consolidada dos efeitos nefastos que a aplicação retroativa da “virada” jurisprudencial pode trazer, buscando um equilíbrio entre a necessidade de adaptação do direito às alterações sociais e a necessidade de estabilidade, capaz de gerar certa previsibilidade do direito (ALVIM, 2019, p. 37).

4. MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O sistema brasileiro vem atribuindo cada vez mais importância às decisões judiciais, reconhecendo-as, também, como importante fonte de direito. Esse reconhecimento foi formalizado pelo advento do Código de Processo Civil de 2015, com a criação de um sistema de precedentes vinculantes.²²

Passa-se, no presente capítulo, à análise do caráter obrigatório das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, demonstrando-se que suas decisões servem como verdadeiras pautas de conduta aos jurisdicionados, surgindo, a partir daí, legítima confiança que deve ser protegida na hipótese de mudanças bruscas de orientação do Tribunal.

Em seguida, analisar-se-á algumas das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, antes e após o advento do Código Processual vigente, em que se discutiu a possibilidade de modulação dos efeitos, a fim de se identificar suas justificações e seus impactos aos jurisdicionados.

Por fim, busca-se, a partir da análise da atividade do Superior Tribunal de Justiça e do entendimento doutrinário acerca do tema, identificar parâmetros mínimos que devam ser considerados para se cogitar da aplicação de efeitos prospectivos às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.1. Transcendência e vinculação dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça: o papel uniformizador da jurisprudência nacional

O ordenamento jurídico brasileiro caminha para a formação de um verdadeiro sistema de precedentes. O Código de Processo Civil de 2015 consolidou as diversas reformas havidas ainda sob a égide do Código Processual anterior para tentar instaurar o *stare decisis*²³ no direito brasileiro (PEIXOTO, 2015, p. 332), conferindo maior força vinculativa aos precedentes. De fato, o CPC/15 destaca a relevância da atuação dos tribunais, especialmente dos Tribunais

²² Como adiantado nas páginas 31 e 32 deste trabalho, adotamos, para fins metodológicos, o entendimento segundo o qual um precedente é uma decisão judicial que tem o potencial de servir como regra para casos futuros semelhantes ou idênticos.

²³ Vide nota nº 3.

Superiores, demonstrando preocupação com a uniformização e estabilização da jurisprudência, bem como com as consequências de eventual superação do entendimento consolidado.

Como visto anteriormente, esse fenômeno de valorização de precedentes tem diversos fundamentos. Dentre eles, cabe destacar, aqui, a carga normativa da jurisprudência (ALVIM, 2019, p. 80). Não há como ignorar que a atividade jurisdicional, na atual e complexa sociedade contemporânea, possui caráter crucial na definição das normas jurídicas.

Como bem ressaltou Daniel MITIDIERO, o texto legal não se confunde com a norma. A norma, na realidade, não é o objeto, mas sim o resultado da interpretação do texto legal pelo juiz, de modo que a interpretação dada ao direito pelos tribunais (principalmente o STF e STJ) é dotada de normatividade (2015, p. 334).

Cada vez mais se verifica que o texto da lei não é suficiente para espelhar o direito que conduz a vida social, seja em razão da elaboração de leis com cláusulas abertas, seja em razão da acentuada importância que se dá aos princípios jurídicos, seja em razão da complexidade e da mobilidade das relações atuais (MARINONI, 2017, p. 149; ALVIM, 2019, p. 93-94).

Assim, é necessária a colaboração do judiciário para agregar sentido e substrato ao texto da lei. Como afirma Teresa Arruda ALVIM, de forma irretocável, a lei, no contexto atual, não é mais capaz de garantir o tratamento isonômico aos jurisdicionados, “porque passa necessariamente pelo *filtro* dos tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos, criando *regras jurídicas*” (2019, p. 94). Na visão de Teresa Arruda ALVIM, portanto, as decisões judiciais são capazes de gerar pautas de conduta.²⁴

A partir daí é possível vislumbrar a obrigatoriedade intrínseca às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Nos dizeres de Luiz Guilherme MARINONI, “se todos os juízes têm poder para proclamar esse ‘algo mais’ ou o direito que não se limita ao sentido exato da lei, só o STJ tem a função de defini-lo e desenvolvê-lo” (2017, p. 150).

E não poderia ser diferente. A Constituição da República de 1988 concedeu ao Superior Tribunal de Justiça a função de deslindar a interpretação do direito federal, atribuindo-lhe sentido e unidade, evitando, como consequência, decisões destoantes por parte dos tribunais ordinários. Assim, a interpretação do STJ “mediante valoração, define o sentido do direito com

²⁴ A respeito da formação de pautas de conduta, Teresa Arruda ALVIM afirma: “[...] é evidente a influência do labor do Poder Judiciário na formulação da versão final da norma. Em muitos casos definitiva. Essa influência ocorre, também, como decorrência da jurisprudência consolidada, no sentido de decisões, de um certo tribunal, todas no mesmo sentido, ou a grande maioria delas, adotando a mesma tese jurídica. A jurisprudência (pacificada, predominante, consolidada, etc.) pode desempenhar o papel de pauta de conduta para o jurisdicionado. Pode, pois, *ser direito*” (ALVIM, 2019, p. 129).

eficácia geral diante da sociedade e obrigatória perante os tribunais inferiores”²⁵ (MARINONI, 2017, p. 152-153). A obrigatoriedade das decisões do STJ perante as cortes ordinárias advém, portanto, da própria Constituição Federal, sendo inequívoca a afirmação de que possuem acentuada carga normativa, capaz de gerar pauta de conduta aos jurisdicionados. Nesse sentido, lapidar a afirmação de Teresa Arruda ALVIM:

Os precedentes dos Tribunais Superiores, por exemplo, evidentemente devem ser obrigatoriamente respeitados, já que a *função* e a *razão de ser* desses Tribunais é a de proferir decisões *paradigmáticas*, que sirvam de ‘modelo’ aos demais órgãos do Poder Judiciário. Não teria sentido a existência desses órgãos de cúpula se não houvesse essa obrigatoriedade (2019, p. 96).

Apesar da carga normativa natural que possuem as decisões judiciais proferidas pelos órgãos de cúpula, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça, o Código Processual vigente prestigia precedentes proferidos em situações específicas que, para o legislador, justificam seu caráter obrigatório desde o “nascimento” (ALVIM, 2019, p. 95). Esses precedentes, vinculantes desde o seu surgimento, estão elencados no art. 927 do CPC/15. São eles: (i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das Súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Esse rol do artigo 927, contudo, não é taxativo, mas meramente exemplificativo (ALVIM, 2019, p. 62; PEIXOTO, 2015, p. 334). Com efeito, apesar de não haver menção expressa, é evidente que, considerando o papel atribuído ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal, também os acórdãos proferidos pelas seções e pelas turmas do STJ são dotados de obrigatoriedade e devem, sim, ser respeitados pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Assim, inexistindo precedente proveniente da Corte Especial do STJ, deve ser

²⁵ Luiz Guilherme MARINONI afirma, ainda, que entender pela não aplicabilidade dos precedentes do STJ a todos os casos similares “contrário seria supor que uma Corte tem posição de vértice e dá a última palavra por acaso. Ou ainda que cabe à Corte Suprema dar a última palavra apenas no caso concreto, quando a sua tarefa, então, seria a de um mero tribunal de revisão, algo incompatível com a função de colaboração para o desenvolvimento do direito, própria às Cortes Supremas do Estado Constitucional”, concluindo, de forma lapidar, que “não é o caso de simplesmente dizer que os tribunais inferiores estão submetidos ao STJ, mas de perceber que os tribunais inferiores devem respeito ao direito delineado pela Corte que, no sistema judicial, exerce função de vértice” (2017, p. 153-154).

observada a existência de precedente nas respectivas seções²⁶ e, posteriormente, nas turmas²⁷ (PEIXOTO, 2015, p. 335). Afinal, como acertadamente ressaltou Daniel MITIDIERO, “não só recursos extraordinários e recursos especiais decididos na forma dos recursos repetitivos ou do incidente de assunção podem gerar precedentes” (2015, p. 339).

Como observa Teresa Arruda ALVIM, o maior grau de obrigatoriedade dos precedentes elencados no art. 927 foi imposto por lei, sendo, portanto, uma escolha do legislador. O CPC/15 classificou a obrigatoriedade dos precedentes em três graus, a partir de critério ligado à consequência gerada a partir do seu descumprimento (2019, p. 96). Desse modo, obrigatoriedade de um precedente é considerada forte quando o descumprimento enseja o ajuizamento de ação especialmente concebida para que seja respeitado o precedente: a reclamação.²⁸ Um precedente é considerado de média obrigatoriedade quando gera alguma das seguintes situações: (i) o seu desrespeito gera a correção da decisão pelos meios normais, não concebidos para esse fim específico, a exemplo dos recursos, ou (ii) quando a lei autoriza, pela existência do precedente, a simplificação do procedimento, levando à abreviação da duração do processo. Por fim, a obrigatoriedade fraca é cultural, e decorre da legítima e razoável expectativa de que casos semelhantes terão soluções semelhantes (2019, p. 96-100).

A diferença entre os precedentes tidos, de antemão, como vinculantes, e os demais precedentes reside, portanto, nos graus de obrigatoriedade impostos por lei, que lhes conferem maior carga de normatividade (ALVIM, 2019, p. 101). Isso não significa dizer, contudo, que os precedentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça que não estão elencados no art. 927 do CPC/2015 seriam meramente persuasivos, e não obrigatórios. Afinal, a obrigatoriedade dos precedentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça advém de sua própria razão de ser, considerando a sua função de unificar a interpretação da lei e dar unidade ao direito federal (MARINONI, 2011 p. 27).

²⁶ Inclusive, o próprio Código Processual vigente resalta o caráter vinculativo das decisões proferidas pelas seções ao determinar, em seu art. 332, II, que o juiz, nas causas que dispensem a fase instrutória, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar " acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos".

²⁷ Ravi Peixoto, lembra, ainda que as seções do STJ são especializadas (a 1ª Seção cuida de Direito Público, a 2ª Seção, de Direito Privado e a 3ª Seção, de Direito Penal). Desse modo, “Pela natureza da competência de cada uma das seções, diversos posicionamentos sequer chegarão ao órgão especial do STJ, por exemplo, em matéria de direito penal. Isso faz com que o posicionamento do órgão hierarquicamente mais elevado do tribunal sobre o tema seja o da referida seção. Tal aspecto torna ainda mais evidente que se considere o precedente das sessões como obrigatórios, do contrário, diversos temas não terão aptidão para gerar precedentes obrigatórios, exceto se forem transformados em súmulas” (PEIXOTO, 2015, p. 335).

²⁸ Quanto a esse ponto, Teresa Arruda ALVIM dá como exemplo de precedentes com obrigatoriedade forte, os recursos repetitivos, previstos nos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e art. 1.036 e seguintes do CPC/2015. ALVIM resalta, ainda, que apesar de, no âmbito da Administração Pública não haja vinculação formal aos precedentes formados em sede de recurso repetitivo, é evidente que tais precedentes devem ser observados, por constituírem pauta de conduta (2019, p. 97).

Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, portanto, criam verdadeiras pautas de conduta, geradoras de legítima expectativa e confiança aos jurisdicionados, que devem ser protegidas na indesejável hipótese de mudança brusca de entendimento consolidado. Ora, por gerarem pautas de conduta, é imprescindível, para o bom funcionamento do sistema, que os Tribunais Superiores não alterem, com frequência, as suas posições (ALVIM, 2019, p. 100). Não por outro motivo é que o Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes do advento do Código Processual de 2015, já vinha discutindo a possibilidade de se atribuir efeitos prospectivos às suas decisões (MARINONI, 2011 p. 27).

4.2. Análise de precedentes proferidos antes e após a vigência do Código de Processo Civil de 2015: justificação e impactos da aplicação da modulação temporal dos efeitos das decisões

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes do advento do Código de Processo Civil - que, em seu art. 927, § 3º, positivou a possibilidade de se modular os efeitos de suas decisões - , apesar de não ter chegado a aplicar a técnica a quase nenhuma das decisões proferidas nesse período, já vinha discutindo acerca da possibilidade (ou da impossibilidade) de se atribuir efeitos prospectivos, excepcionalmente, às suas decisões.

Como consta da tabela no apêndice²⁹, o Superior Tribunal apreciou o tema em 60 (sessenta) acórdãos. Desses acórdãos, 30 foram proferidos antes do advento no Código Processual Civil de 2015, e 30 foram proferidos após o advento do Código Processual vigente. Dos acórdãos proferidos sob a égide do CPC/73, 4 (quatro) entenderam pela modulação de efeitos, e, dos acórdãos proferidos sob a égide do CPC/15, 9 (nove) aplicaram a técnica decisória. E, desses nove acórdãos proferidos já sob vigência do CPC/15 e que tiveram seus efeitos modulados, 6 (seis) foram julgados sob o rito dos repetitivos.

Numa tentativa de identificar as justificações e métodos aplicados, ao longo do tempo, pelo Superior Tribunal de Justiça quando da aplicação da técnica decisória de modulação temporal de efeitos, passa-se, aqui, à análise dos principais acórdãos que se debruçaram sobre o tema.

²⁹ A tabela possui todos os acórdãos em que se discutiu acerca da possibilidade da modulação de efeitos temporais das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. A coleta de dados foi feita mediante pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>), utilizando os termos “modula\$ e efeitos”. Com a utilização desses critérios, foram identificados, pelo sistema, 688 acórdãos e, dentre esses, 60 efetivamente discutiram sobre o tema.

O primeiro precedente que tratou do tema foi o EREsp nº 738.689/PR, de relatoria do Min. Teori Zavascki, julgado em junho de 2007. Nessa oportunidade, venceu, por maioria, o entendimento de que “salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ das suas decisões, para dar o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados”.³⁰ Foram vencidos os Ministros Herman Benjamin e João Otávio Noronha.

Por se tratar de decisão que alterava entendimento anteriormente pacificado pelo STJ (ALVIM, 2019, p. 147; CUEVA, 2018, p. 118; MARINONI, 2011, p. 27) é que, em seu voto divergente, o Min. Herman Benjamin defendeu a modulação de efeitos da decisão, destacando que a jurisprudência consolidada gera legítima expectativa nos jurisdicionados, de modo que, quando da sua alteração, devem ser sopesados os limites de seus efeitos no tempo. Vale destacar, aqui, alguns trechos do voto divergente, destacados por Ricardo Villas Bôas CUEVA ao analisá-lo:³¹

Para o Ministro Benjamin, “os valores que inspiraram o legislador federal a editar as leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999 (modulação de efeitos das ADI), vão além desses estatutos. Se são valores-matriz do universo do ordenamento, necessariamente influem, com lei ou sem lei que o diga, na aplicação do Direito pelos Tribunais Superiores. Também no STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, de modo a se buscar na integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança legítima. (CUEVA, 2018, p. 118).

Apesar das pertinentes ponderações feitas pelo Ministro Herman, prevaleceu a posição de que inexistia autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça restringisse os efeitos retroativos de suas decisões.

Já em 2012, também houve interessante discussão acerca da atribuição de efeitos prospectivos às decisões do STJ. No julgamento, pela 2ª Seção, dos EDcl no EDcl no REsp nº 1.091.393/SC, em que se discutia a competência da Caixa Econômica Federal para ingressar em feitos que debatiam seguro habitacional, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em voto-vista, defendeu que o argumento de a ausência de previsão legal para modular os efeitos das decisões do STJ não deveria prevalecer, destacando que o próprio STF, indo além da mera

³⁰ STJ, 1ª Seção, EREsp 738689/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. 27/06/2007, DJ 22/10/2017.

³¹ Em outro julgamento, apesar de ter mantido o entendimento dominante da 1ª Seção, no sentido da impossibilidade de se modular os efeitos das decisões do STJ em razão da não autorização legal, o Ministro Herman Benjamin ressaltou seu entendimento no sentido de ser possível a modulação de efeitos quando há alteração de jurisprudência reiterada. Trata-se do REsp 654.446/AL, julgado em 04/12/2007 (apêndice).

previsão legal, vinha modulando efeitos das decisões em controle difuso de constitucionalidade. O Ministro Sanseverino ressaltou, ainda, que os precedentes advindos de Tribunais Superiores estabelecem paradigmas de conduta, que orientam a prática de atos de direito material e processual, de modo que a proteção da confiança depositada nesses precedentes, no caso de alteração abrupta, independe de previsão legal específica (CUEVA, 2018, p. 119-120, ALVIM, 2019, p. 148). A proposta de modulação de efeitos, contudo, foi rejeitada.

Não obstante a existência de divergência quanto ao tema³², durante a vigência do Código Processual anterior, prevaleceu o entendimento de que a ausência de previsão legal específica obstava a possibilidade de se conferir efeitos prospectivos às decisões do Superior Tribunal de Justiça. Em 2014, a fundamentação desse entendimento foi complementada, afirmando-se que “A alteração jurisprudencial, por si só, não ofende os princípios da segurança jurídica, não sendo o caso de modulação de efeitos porquanto não houve declaração de inconstitucionalidade de lei”³³ (PEIXOTO, 2019, p. 344).

Como bem ressaltou Ravi PEIXOTO, não houve nenhum desenvolvimento demonstrando os motivos pelos quais a superação de jurisprudência dominante violaria o princípio da segurança jurídica apenas se houvesse declaração de inconstitucionalidade da lei. Esse entendimento - que, diga-se de passagem, acabaria por vedar qualquer possibilidade de modulação de efeitos pelo STJ, ante a limitação do exercício de jurisdição constitucional - foi reiterado em várias oportunidades, de forma acrítica, sem que houvesse efetivo desenvolvimento sobre o tema (2018, p. 344-345).³⁴

³² Não se pode olvidar de algumas decisões que, mesmo durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, modularam os efeitos de suas decisões, a fim de lhes conferir efeitos prospectivos. Por exemplo: o HC 28.598 (STJ, 5ª T., HC 28598/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 14/05/2005, DJ 01/08/2005), em que se atribuiu efeitos *ex nunc* “à decisão que alterou o entendimento quanto a qual seria o termo inicial para a contagem do prazo para a interposição de recurso pelo Ministério Público” (ALVIM, 2019, p. 148); e o AgRg no Ag 827.293/RS (STJ, 1ª T., AgRg no Ag 827293/RS, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, j. 25/09/2007, DJ 22/11/2007) e AgRg no REsp 671.912/SP (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 671.912/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29/05/2008, DJ 25/08/2008), que modularam os efeitos a fim de não aplicar retroativamente o entendimento, uniformizado em 2007 por meio do REsp 776.265, segundo o qual era necessária a ratificação do recurso especial após a publicação do acórdão dos embargos declaratórios na origem (CUEVA, 2018, p. 123). Também houve modulação de efeitos no REsp 1.165.623/RS, em que se atribuiu efeitos *ex nunc* à decisão, proferida em incidente de assunção de competência, que reconheceu a suspeição de magistrado em inúmeras ações idênticas (CUEVA, 2018, p. 120).

³³ STJ, 1ª Seção, EDcl nos EDcl no REsp 1060210/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13/08/2014, DJe 08/09/2014

³⁴ A reprodução acrítica da já superada jurisprudência que vedava a atribuição de efeitos prospectivos às decisões do STJ foram reproduzidas em decisões proferidas, inclusive, após o advento do Novo Código de Processo Civil, a exemplo do AgInt no REsp 1595438/SP, em que se afirmou que “Não fere o princípio da segurança jurídica a aplicação imediata de novo entendimento jurisprudencial, visto não se tratar de alteração normativa” (STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1595438/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13/12/2016, DJe 02/02/2017) (PEIXOTO, 2019, p. 344-345).

Se, antes do Código de Processo Civil de 2015, o principal argumento para não se aplicar a modulação de efeitos pelo STJ era a ausência de previsão legal, esse posicionamento foi, definitivamente, superado com o advento do novo código, que, em seu art. 927, § 3º, expressamente prevê a possibilidade de se modular os efeitos das decisões na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais Superiores, ou daquela oriunda de julgamento de repetitivos, em prol do interesse social e da segurança jurídica. E, nos termos do § 4º do mesmo artigo, a decisão que modificar enunciado sumulado, jurisprudência pacificada ou de tese firmada em sede de repetitivos “observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.³⁵ Ou seja, a decisão que decidir pela modulação de efeitos deverá levar em conta os impactos dessa decisão (ALVIM, 2019, p. 151).

Da análise das decisões proferidas pelo STJ pós CPC/15, contudo, verifica-se que a modulação de efeitos não foi aplicada somente nas hipóteses previstas no artigo supracitado. Em algumas decisões, a técnica foi aplicada em casos que não houve, de fato, superação ou alteração de entendimento (PEIXOTO, 2019, p. 358). A esse respeito, vale conferir a elucidativa tabela elaborada por Ravi PEIXOTO, sintetizando o posicionamento do STJ nos casos em que se admitiu a possibilidade de modulação de efeitos, embora nem sempre tenha sido aplicada a técnica:

Número do processo	Acolhimento da modulação	Fundamento
REsp 1.596.978	Não	Impossibilidade de realização de modulação após o julgamento do repetitivo que superou o precedente
REsp 1.620.919	Sim	Violação da segurança jurídica pela alteração abrupta do precedente
REsp 1.657.156	Sim	Não houve superação, mas fixação do precedente
REsp 1.336.026	Sim	Foi reconhecido pelo tribunal que não havia jurisprudência consolidada, mas ainda assim

³⁵ Art. 927. [...]

§3º Na hipótese de alteração de 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.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

		realizada a modulação de efeitos
REsp 1.312.026	Sim	Não houve propriamente superação de entendimento consolidado do STJ, mas tutela da confiança legítima dos jurisdicionados, eis que a matéria era da competência da justiça do trabalho e decidida em sentido diverso
REsp 1.551.640	Não	Ausência de entendimento anterior e pacificado superado e ausência de demonstração de maior segurança jurídica com a modulação
REsp 1.340.553	Não	Dois votos não a admitiram. O primeiro afirmou que houve superação do precedente, no entanto, não haveria interesse social e tutela da segurança jurídica, o segundo sequer admitiu que houve superação de entendimento consolidado.
REsp 1.630.659	Não	Ausência de entendimento anterior e pacificado superado, violação apenas do interesse privado da empresa e incidência de direito fundamental para impedir a modulação.
REsp 1.696.396/MT e REsp 1.704.520/MT	Sim	Não houve superação, mas houve modulação para a preservação da segurança jurídica.
REsp 1.787.795	Sim	Ausência de entendimento anterior e pacificado superado e inexistência de prejuízo significativo para a empresa.

PEIXOTO, 2019, p. 356-357.

Apesar de não abranger todos os casos em que foi discutida a aplicação da modulação de efeitos após o advento do CPC/15, é possível verificar, a partir da tabela acima, que a fundamentação para a aplicação, ou não, da técnica pelo STJ, não é unânime. Ravi PEIXOTO, apontou que “na maioria das decisões, a principal discussão envolve o requisito básico para a

superação prospectiva: a existência de um entendimento consolidado para que se possa justificar qualquer espécie de tutela à segurança jurídica”. Apesar, disso, na maioria dos casos em que a modulação de efeitos foi efetivamente aplicada, não houve, realmente, a alteração de entendimento consolidado (PEIXOTO, 2019, p. 358).

Não se pode esquecer, todavia, que a Lei nº 13.655/2018 alterou o regime de transição previsto no artigo 23 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)³⁶ para conferir às decisões administrativas, controladoras ou judiciais que estabelecem interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo dever ou condicionamento, deverá estabelecer regime de transição quando este for indispensável para que o direito seja cumprido de forma isonômica, proporcional e eficiente (PEIXOTO, 2019, p. 358; ALVIM, 2019, p. 17).

Ou seja, a aplicação da técnica da modulação de efeitos não está restrita somente às hipóteses de superação de precedentes, mas, também, nas hipóteses em que se estabelece interpretação e/ou orientação de normas.³⁷

Feita uma breve análise acerca do posicionamento do STJ quanto ao tema, passa-se, agora, à análise de algumas das decisões proferidas após o advento do CPC/15, sem a pretensão de esgotar todas as decisões em que foram travadas interessantes discussões acerca da aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos, a fim de se analisar os eventuais impactos da aplicação da atribuição de efeitos prospectivos.

Ainda em 2016, no julgamento do REsp 1.596.978/RJ, optou-se por modular os efeitos de decisão proferida em sede de repetitivos em 2010 pela 1ª Seção do STJ, que resultou na oneração do contribuinte, sem modulação de seus efeitos.³⁸ Isto é, seis anos após o julgamento do repetitivo a Turma (e não a Seção) optou, por maioria, por não aplicar o precedente nos casos ocorridos antes do julgamento repetitivo. Restou vencido o Min. Gurgel de Faria, que sustentou que a modulação deveria ter sido analisada no julgamento do próprio repetitivo (ALVIM, 2019, p. 152; CUEVA, 2018, p. 123-125; PEIXOTO, 2019, p. 345-346).

³⁶ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais

³⁷ Quanto a esse ponto, cumpre destacar o julgamento do REsp 1.312.736/RS, houve modulação de feitos não em razão alteração de precedente, mas sim fixação de tese, que seria, em verdade, uma inovação, e não superação. Destaca-se, nesse caso o voto-vista do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, que ressaltou que a possibilidade de se modular os efeitos não se dá somente quando há alteração de jurisprudência, mas sempre que se verificar a necessidade de resguardo de segurança jurídica e do interesse social (PEIXOTO, 2019, p. 350).

³⁸ STJ, 1ª Seção, REsp 1192556/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25.08.2010, DJe 06/09/2010; STJ, 1ª Seção, EDcl no REsp 1192556/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 17/11/2010.

Nesse acórdão, há uma peculiar e interessante questão processual. A modulação de efeitos foi realizada por órgão diverso (o repetitivo foi julgado pela 1ª Seção, enquanto a decisão que optou por modular os efeitos do repetitivo foi proferida pela 1ª Turma) e após um grande lapso temporal, de seis anos. Essa situação, apesar da boa intenção de se proteger a confiança depositada no entendimento anterior, gera, pelo contrário, grande insegurança jurídica. Teresa Arruda ALVIM, citando Ronaldo CRAMER, aponta que “atribuir a cada juiz o poder de modular geraria insuportável insegurança jurídica e perigo de ofensa à isonomia, numa escala infinitamente maior do que a que gera a modulação feita pelo órgão que alterou o precedente” (ALVIM, 2019, p. 153; CRAMER, 2016, p. 1337). Nesse sentido, Teresa Arruda ALVIM conclui que, via de regra, somente o Tribunal que muda o rumo da jurisprudência pode modular os efeitos de sua decisão.

Ainda sobre esse ponto, Ravi PEIXOTO faz interessante apontamento, afirmando que os casos de modulação de efeitos em processos posteriores àqueles em que fora realizada a superação, apesar de serem, em tese, admissíveis, “não podem ser a regra, pois acabam por minar a calculabilidade dos jurisdicionados, que ficam dependendo da eventualidade da (re)discussão do tema para programarem suas condutas” (2019, p. 347).

Essa situação não passou despercebida pelo Superior Tribunal de Justiça. No julgamento dos embargos de divergência opostos em face desse acórdão, a 1ª Seção anulou a modulação de efeitos anteriormente atribuída, consignando que “o entendimento firmado no Recurso Especial repetitivo 1.192.556/PE deve ser aplicado de forma plena, sem nenhuma espécie de modulação temporal de seus efeitos”.³⁹

Em 2018, o STJ julgou, sob o rito dos repetitivos, o REsp 1.657.156/RJ, referente ao fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Com base no art. 927, § 3º, do CPC, decidiu-se que os novos requisitos⁴⁰ fixados no julgamento passariam a ser exigidos apenas aos casos distribuídos, em primeira instância, após a conclusão do caso concreto (PEIXOTO, 2019, p. 348; ALVIM, 2019, p.182). Esse caso é interessante porque não havia confiança a ser protegida, uma vez que inexistia padrão decisório capaz de gerar legítima confiança ao jurisdicionado. Apesar de a modulação ter se baseado no art. 927, § 3º, os critérios utilizados para se atribuir efeitos *ad futurum* foram outros, quais sejam: a existência de processos pendentes de julgamento, aos quais não seriam aplicados os novos requisitos; e a

³⁹ STJ, 1ª Seção, EREsp 1596978/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14/08/2019, DJe 11/10/2019.

⁴⁰“(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro da Anvisa do medicamento” (ALVIM, 2019, p. 182).

possibilidade de que sejam distribuídos novos processos, aos quais serão aplicados os novos requisitos (ALVIM, 2019, p. 183).

Ravi PEIXOTO, ao analisar a decisão, elencou sérios problemas decorrentes dessa decisão. O primeiro deles foi o fato de que a modulação foi aplicada sem que houvesse superação de entendimento sedimentado. O segundo é que a decisão carece de fundamentação. A modulação foi aplicada sem a devida explicação de por que, no caso, haveria a necessidade de proteção da segurança jurídica ou do interesse social (2019, p. 348). Os impactos causados pela decisão é que são ainda mais intrigantes. A esse respeito, destacam-se as observações de Ravi PEIXOTO:

Afinal, o que se percebe é uma situação bastante estranha, eis que houve o sobrestamento de 8.814 processos para a definição de uma tese, para, no final, constar a afirmação de que o novo entendimento a eles não se aplica. E, na verdade, sequer resta definido qual a tese deve ser aplicada aos recursos sobrestados, pois não há superação de entendimento anterior do STJ e nem uma posição jurisprudencial dominante adotada pelo tribunal anteriormente (2019, p. 348).

Como se vê, a aplicação da modulação dos efeitos, nesse caso, não cumpriu a sua função de proteção da segurança jurídica e da isonomia entre os jurisdicionados. Pelo contrário, causou uma situação de maior insegurança, tendo em vista que os casos sobrestados ficaram, aparentemente, sem conclusão concreta, ficando à mercê, conseqüentemente, da interpretação individual de cada julgador, diante da existência de posicionamentos divergentes.⁴¹

Outra situação em que se pode verificar impactos negativos da modulação de efeitos, especialmente sob a perspectiva dos casos sobrestados em razão de recurso repetitivo, é no julgamento do REsp 1.696.396/MT e REsp 1.704.520/MT, que trataram do rol para a interposição de agravo de instrumento. Apesar de não se tratar de superação de precedente, mas sim de fixação de tese acerca de tema polêmico na doutrina e na jurisprudência, a Min. Nancy Andrighi, relatora do caso, com base no art. 23 da LINDB, propôs a modulação de efeitos para que a tese da “taxatividade mitigada” do rol do agravo de instrumento fosse aplicada somente às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão, a fim de proteger as partes que, nos termos do voto, “confiando na absoluta taxatividade do rol e na interpretação restritiva

⁴¹ Teresa Arruda ALVIM, ao tratar das decisões em que o Judiciário age como administrador, especialmente nos casos que tratam de políticas públicas (como nesse caso), apresenta entendimento divergente. Para ela, nesses casos, a proteção à confiança não tem tanta relevância, “pois a ‘nova política’ pode ser implementada mesmo que, anteriormente, as regras não fossem claras, a ponto de infundir confiança no jurisdicionado. Se eram, a necessidade (ou a adequação) da modulação pode se revelar ainda mais evidente” (2019, p. 181).

das hipóteses de cabimento do agravo, deixaram de impugnar decisões interlocutórias não compreendidas no art. 1.015 do CPC”.

Não se pode ignorar, aqui, o impacto dessa decisão aos casos sobrestados. Ora, diversos foram os casos suspensos que aguardavam a decisão para dar seguimento ao recurso de agravo de instrumento. Com a modulação de efeitos, a tese fixada não pôde ser aplicada aos casos pendentes de julgamento, mesmo que se enquadrassem nas exatas hipóteses em que se admitem a mitigação do rol do artigo 1.015 do CPC. No final das contas, portanto, esses casos foram suspensos para aguardar solução que, ao final, não se lhes aplica. Essa decisão, apesar de tentar proteger a segurança jurídica, não cumpriu o princípio da isonomia, já que, não confere aos jurisdicionados um tratamento igualitário.

Não se pode deixar de analisar, ainda, o acórdão do REsp 1.813.684/SP, publicado em 18/11/2019, em que se pacificou a controvérsia a respeito da necessidade de comprovação de feriado local, mesmo se tratando de feriado notório, como a segunda-feira de carnaval. O Ministro Luis Felipe Salomão, relator do voto vencedor, propôs modulação dos efeitos para que “seja aplicada, tão somente, aos recursos interpostos após a publicação do acórdão respectivo, a teor do § 3º do art. 927 do CPC/2015”. Apesar de, em seu voto, o Ministro afirmar se tratar de hipótese de superação de jurisprudência consolidada, o julgamento, na verdade, pacificou orientação a respeito do tema.

No próprio voto do Ministro há apontamentos sobre a divergência jurisprudencial acerca da necessidade de comprovação de feriado local, com mudanças de entendimento ao longo do tempo. O Ministro ressalta, inclusive, precedente recente, em que se decidiu no mesmo sentido da tese adotada no caso sob julgamento. Curiosamente, mesmo após expressamente afirmar que “A questão da possibilidade ou não de comprovação posterior à interposição recursal de causa suspensiva ou interruptiva do prazo recursal foi sempre tormentosa”, optou-se por modular os efeitos com base na “confiança legítima que a jurisprudência há muito consolidada no âmbito de uma Corte Superior inspira nos jurisdicionados”.⁴²

Não se discute, aqui, o acerto da modulação dos efeitos temporais da decisão no caso concreto, tampouco se rejeita a possibilidade de se atribuir efeitos prospectivos às decisões que definem regras. É evidente a boa intenção do julgador que, ao modular os efeitos da decisão, com a atribuição de prazo aos casos ainda pendentes de julgamento para que a parte recorrente

⁴² A esse respeito, vale destacar o apontamento feito por Ravi PEIXOTO, segundo o qual não basta, para que forneça segurança apta a gerar situação de boa-fé aos jurisdicionados, que o precedente tenha apenas sido prolatado pela Corte Superior (2019, p. 367).

possa comprovar a existência de feriado notório local, buscou o cumprimento do princípio da primazia à decisão de mérito, consagrado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Na verdade, o que se critica são os impactos que a fundamentação dessa decisão pode acarretar a processos futuros. Isso porque, mesmo reconhecendo a inexistência de jurisprudência consolidada que pudesse, de fato, constituir pauta de conduta capaz de gerar legítima expectativa e confiança aos jurisdicionados, os efeitos foram modulados justamente com fundamento na existência de uma (já desgastada) jurisprudência dominante quanto ao tema, sem se explicar, de forma analítica, os elementos do caso concreto que justificariam a modulação. Assim, como já adiantando, não se discute a possibilidade de, nesse caso, modular-se os efeitos da decisão. A crítica é restrita à fundamentação, que deve se ater às especificidades de cada caso, e não se limitar a afirmar que deve ser protegida a confiança e a segurança jurídica sem identificar e demonstrar os elementos que efetivamente justifiquem essa proteção (BUENO, 2017, p. 988).

Essa decisão, por certo, é mais um demonstrativo da necessidade de definição de parâmetros mínimos a serem seguidos pelos julgadores para que seja aplicada a técnica decisória da modulação de efeitos a fim de evitar situações que causem maior insegurança jurídica.

4.3. Efetivação da segurança jurídica e da isonomia: possíveis parâmetros para a aplicação da técnica decisória no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

O STJ, a partir do advento do CPC/15, demonstra ter construído uma relação com a utilização da modulação de efeitos bem mais apropriada do que aquela existente durante a vigência do CPC/73 (PEIXOTO, 2019, p. 358). Apesar disso, como observado no tópico anterior, podem ser observados diversos problemas na aplicação da técnica. E isso se dá, principalmente, pela ausência de critérios mínimos para tanto.

Não há, na jurisprudência, uma sistematização para a atribuição de efeitos prospectivos às decisões.⁴³ Tampouco o CPC/15 definiu regras específicas, limitando-se a autorizar a

⁴³ Apesar de inexistir jurisprudência pacífica quanto ao tema, há decisões em que se discutiu parâmetros para a modulação de efeitos. Um exemplo relevante é a decisão proferida nos embargos de declaração no REsp 1.551.640/SC (STJ, 2ª T., EDcl no REsp 1551540/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23/08/2018, DJe 29/08/2018), segundo a qual seriam necessários os seguintes requisitos: “a) que haja entendimento anterior pacificado a respeito do tema; b) que esse entendimento tenha tido vigência e publicidade no tempo suficientes para nortear o comportamento da sociedade civil criando legítimas expectativas de direitos; c) que haja a revisão do antigo posicionamento adotando-se um novo entendimento incompatível com o anterior; d) que a modulação não gere mais insegurança jurídica que a manutenção dos efeitos normais *ex tunc* da decisão; e e) que a modulação

possibilidade de modulação. Também na doutrina, não é possível identificar entendimento uníssono quanto ao tema (PEIXOTO, 2019, p. 358; ALVIM, 2019, p. 157).

Com o intuito de identificar possíveis parâmetros a serem seguidos pelo Superior Tribunal de Justiça, serão utilizados, como base, dois autores que se dedicaram à identificação de requisitos mínimos: Ravi PEIXOTO e Teresa Arruda ALVIM. Ademais, apesar da extrema relevância de se definir os requisitos processuais para a modulação dos efeitos, serão tratados, aqui, somente os requisitos que dizem respeito à fundamentação das decisões.⁴⁴

Ravi PEIXOTO, a fim de buscar elementos para uma possível sistematização de parâmetros para modulação, sintetiza o entendimento de alguns doutrinadores, para estabelecer elementos para definição de parâmetros mínimos.⁴⁵ A partir dessa análise doutrinária, concluiu que, apesar da grande contribuição individual de cada um dos doutrinadores, não se verifica muito diálogo entre as opiniões existentes, o que confirma a controvérsia acerca do tema (PEIXOTO, 2019, p. 359-365). A partir dessa análise, Ravi PEIXOTO desenvolveu requisitos a fim de orientar a aplicação da modulação de efeitos.

O primeiro requisito é a “demonstração de que o novo precedente efetivamente signifique uma *modificação surpreendente na linha jurisprudencial anterior do tribunal*” (PEIXOTO, 2019, p. 366). É necessário, portanto, uma legítima confiança do jurisdicionado no entendimento que venha a ser superado. Se há constante modificação ou divergência de entendimento a respeito de um tema, é evidente que sua mudança não representa grande novidade e, com isso, não há efetiva confiança a ser protegida por meio da modulação de efeitos. Pode, ainda, haver situação em que o precedente foi superado em algum momento pela atuação do legislador e, com isso, pode-se limitar a modulação temporal (PEIXOTO, 2019, p. 367).

O segundo requisito, que está intimamente atrelado ao primeiro, é o da boa-fé. A boa-fé, nesse caso, está relacionada com “a necessidade de a parte que deseje a aplicação prospectiva demonstre ter atuado de boa-fé em conformidade com o anterior precedente” (PEIXOTO, 2019, p. 367). Nesse sentido, é evidente que o precedente que se busca superar tenha realmente

preserve a isonomia entre aqueles jurisdicionados que se encontrem nas mesmas situações consideradas relevantes pelo ordenamento jurídico (PEIXOTO, 2019, p. 351).

⁴⁴ Destaca-se que, por uma escolha metodológica, o trabalho limitou-se a verificar a existência de requisitos *formais* de fundamentação que possam guiar a aplicação da modulação de efeitos. Os critérios materiais - ligados à teoria da justiça e à teoria da argumentação - que podem servir como base para se verificar a *fairness* da aplicação da modulação de efeitos, não foram analisados neste trabalho e poderão ser objeto de pesquisa futura.

⁴⁵ Nesse sentido, elucidou o entendimento esposado por Jaldemiro Rodrigues Ataíde Jr., Misabel Abreu Machado Derzi, Humberto Ávila, Hans Gribnau e Allan Lubers, doutrinadores holandeses, e Francisco Rosito (PEIXOTO, 2019, p. 359-366)

servido como pauta de conduta, fornecendo uma “segurança apta a gerar uma situação de boa-fé aos jurisdicionados” (PEIXOTO, 2019, p. 367).

O terceiro requisito consiste na demonstração de significativo prejuízo à esfera das partes prejudicadas, que justifique a tutela da confiança. Esse requisito, aponta Ravi PEIXOTO, é complementar aos outros dois, pois é certo que esse aspecto consequencialista somente poderia ser cogitado quando ultrapassados os dois requisitos anteriores, demonstrando-se que existe confiabilidade passível de proteção no precedente que se busca superar, ou que incidem, ao caso, outros direitos fundamentais “que possam atuar na conformação do aspecto temporal do precedente” (2019, p. 367-386).

Em suma, assim sintetiza Ravi PEIXOTO, dispondo acerca dos requisitos mínimos para a modulação de efeitos das decisões:⁴⁶

Uma decisão que aplique a superação prospectiva do precedente não necessita de citações doutrinárias, nem precisa ser longa, mas tão somente específica para o caso concreto e que leve em conta a cadeia de decisões referentes ao tema pelo órgão judicial referido. O tribunal deve demonstrar se o precedente tinha aptidão para gerar a confiança legítima das partes, sendo este um requisito essencial. Ainda na aptidão de servir de parâmetro para a atuação dos jurisdicionados cabe também uma análise que verifique se algum elemento minou a confiança gerada pelo precedente originário de forma a mitigar a prospectividade do novo precedente. O requisito do prejuízo também é relevante e, da mesma forma, a atuação de algum direito fundamental que possa conformar os efeitos temporais do novo precedente (2019, p. 369).

Teresa Arruda ALVIM, em recente obra, também propõe critérios para se verificar quando deve haver modulação de efeitos. Como bem aponta a autora, devido à resistência do tema à sistematização baseada em critérios seguros, qualquer tentativa de estabelecimento de parâmetros leva, necessariamente, à lida com critérios nublados, que devem ser considerados sempre em conjunto (2019, p. 158).

O primeiro critério consiste na “proteção da confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior” (ALVIM, 2019, p. 157). Ou seja, a orientação anterior deve ter gerado confiável pauta de conduta. Consequentemente, via de regra, não se pode admitir a modulação de efeitos quando da formação de um precedente, pois, se a jurisprudência era divergente ou desuniforme e um Tribunal Superior decide a questão, pacificando o entendimento em um sentido, é evidente que não há confiança a se proteger. A confiança deve ser protegida quando

⁴⁶ Há, ainda um quarto requisito proposto por Ravi PEIXOTO, que parece aplicar-se, especialmente, às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque trata da opção, pelo tribunal, “por suspender a eficácia da decisão de forma a permitir a modulação da eficácia prospectiva pelo Poder Legislativo, especialmente nas hipóteses em que haja a necessidade de criação de um regime de transição complexo” (2019, p. 368).

se verifica o elemento da surpresa, capaz de miná-la. Assim, mudanças bruscas, geralmente, exigem a modulação dos efeitos. Por outro lado, se houver desgaste, ao longo do tempo, de um entendimento anteriormente pacificado, não se mostra necessária a modulação quando da resolução definitiva da questão, uma vez que esse entendimento deixou de ser um parâmetro de previsibilidade (ALVIM, 2019, p. 158).

Quanto a esse ponto, há uma importante ressalva: se o Tribunal Superior estiver decidindo pela primeira vez uma questão de modo contrário àquele que estava orientando a conduta do jurisdicionado, resultado de decisões de outros tribunais (que não o STF), deve haver modulação, a fim de se proteger a confiança depositada nesse entendimento reiterado, ainda que por tribunais ordinários (ALVIM, 2019, p. 161).

O segundo critério consiste em “situação em que o ambiente decisional seja rígido e que, a nosso ver, em tese, não se recomendaria que a alteração do direito (= da pauta de conduta) se desse por obra do Poder Judiciário” (ALVIM, 2019, p. 162). Um ambiente decisional rígido seria aquele em que as alterações das regras deveriam ser operadas pelo Legislativo, e não pelo Judiciário. Nesses casos, a modulação seria necessária. Como exemplo de ambiente rígido, ALVIM cita o campo do direito tributário, especialmente quando a nova posição prejudica o contribuinte, e o campo do direito penal (2019, p. 163-165).

O terceiro critério, por sua vez, leva em consideração a possibilidade de prejudicar o particular quando se tratar de caso que envolva o Estado, seja direta, seja indiretamente. Isso se dá porque “não deve o particular arcar com os ônus decorrentes da incoerência da conduta dos representantes do Estado” (2019, p. 165). A modulação, por si só, é um instrumento de defesa do particular contra o Estado. Se há alteração na pauta de conduta, o que já é indesejável por minar a legítima confiança, e essa alteração significar em prejuízo ao particular, há um duplo prejuízo. Nesse sentido, assevera-se que os direitos fundamentais devem ser prestigiados, prevalecendo sobre o interesse público no caso de alteração de regra que envolve o Estado, sendo certo que “o interesse público não pode atuar com base na supressão de direitos fundamentais” (ALVIM, 2019, p. 165-168).

Teresa Arruda ALVIM aponta, ainda, a existência de um grupo de decisões que merecem tratamento diferenciado quanto à modulação de efeitos. Esse grupo consiste nas hipóteses “em que o juiz, ao decidir, resolve questões como se fosse um administrador” (2019, p. 180).

Nesses casos, em que se verifica o exercício de atividade de administração do Estado (processos estruturantes), diante da complexidade da atuação do Judiciário, bem como dos

impactos das decisões que implementam “nova política” ou que decidam acerca de políticas públicas, pode haver modulação, mesmo que inexista orientação firme anterior. Neste grupo de casos, ressalta ALVIM, o prestígio à confiança não é tão relevante, pois a implementação de “nova política” “pode ser implementada mesmo que, anteriormente, as regras não fossem claras, a ponto de infundir confiança no jurisdicionado. Se eram, a necessidade da modulação pode se revelar ainda mais evidente” (2019, p. 181-183).

A partir da análise dos requisitos trazidos por ambos os doutrinadores, apesar das diferenças quanto à abordagem do tema, é possível identificar semelhanças, que podem ser caracterizadas como elementos mínimos a serem levados em consideração ao se cogitar da modulação temporal dos efeitos: o elemento surpresa e o elemento consequencialista. O primeiro elemento tem como base o princípio da confiança, devendo-se pensar em modulação de efeitos quando há alteração de entendimento em que os jurisdicionados puderam basear suas condutas.⁴⁷ O segundo elemento, por sua vez, somente surge quando se ultrapassa o primeiro e consiste na demonstração dos prejuízos que poderiam, em tese, ser causados aos jurisdicionados com a aplicação naturalmente retroativa dos efeitos da decisão, que levaria a uma situação de maior insegurança jurídica.

A sistematização da modulação dos efeitos das decisões, com a criação de parâmetros mínimos a serem seguidos pelos julgadores quando da aplicação dessa técnica é tarefa difícil de se realizar, uma vez que os parâmetros serão sempre nebulosos e subjetivos, por se tratar de tema naturalmente resistente à sistematização objetiva, por estar muito relacionado às circunstâncias concretas de cada caso. Esses requisitos que aqui se abordaram servem, apenas, para diminuir o âmbito de interpretação, pelos julgadores, acerca da possibilidade de se modular os efeitos, bem como para exigir uma fundamentação específica e analítica, rechaçando aquelas decisões que se limitam a mencionar a existência de segurança jurídica e interesse social passíveis de proteção ou que se limitam a rejeitar a possibilidade de modulação. Importante destacar que o fato de não se poder alcançar uma solução definitiva quanto ao tema não deve impedir a construção de parâmetros mínimos pelas Cortes e pela doutrina, conjuntamente, pois somente dessa forma é que se diminuirá a incerteza acerca das hipóteses que exigem a modulação de efeitos (PEIXOTO, 2019, p. 370).

⁴⁷ Como visto, há exceção quando se tratarem de casos em que o Judiciário atua como Administrador.

5. CONCLUSÃO

A discussão acerca da retroatividade ou irretroatividade dos efeitos das decisões surgiu, primeiramente, no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Quanto aos efeitos das decisões que pronunciam a inconstitucionalidade das leis, CAPELLETTI apontou a existência de dois sistemas básicos: o norte-americano, em que a lei inconstitucional é considerada nula desde o seu nascimento e, portanto, a decisão limita-se a declarar a sua inconstitucionalidade, que tem, naturalmente, efeitos retroativos; e o austríaco, em que uma lei inconstitucional é considerada válida até o momento da decisão, e, conseqüentemente, a decisão que cassa a lei tem efeitos prospectivos. O sistema brasileiro, por forte influência do direito norte-americano, adotou a teoria da nulidade, e, portanto, as decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei são aplicadas retroativamente. Esse entendimento não ficou restrito ao âmbito constitucional, sendo certo que a eficácia de decisões judiciais, via de regra, é retroativa.

A adoção de uma teoria absoluta de nulidade, contudo, não se mostrou adequada a todas as hipóteses. Ao longo da experiência constitucional, foram identificadas situações em que a simples anulação de uma lei em razão da sua inconstitucionalidade poderia trazer, aos jurisdicionados, uma situação de caos. Por esse motivo é que o STF, excepcionalmente e em situações específicas, já vinha admitindo, mesmo antes do advento da Lei nº 9.868/99, a atribuição de efeitos prospectivos às suas decisões, a fim de se preservar a segurança jurídica assegurando a validade dos efeitos produzidos por uma lei que somente posteriormente veio ser declarada inconstitucional. Assim, a autorização legal da modulação de efeitos prevista do art. 27 da Lei nº 9.868/99 não representou, propriamente, uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de o art. 27 da Lei nº 9.868/99 prever a possibilidade de modulação de efeitos somente em controle concentrado de constitucionalidade, a modulação de efeitos também pode ser aplicada em controle difuso, porque a lei se limita, apenas, a explicitar uma orientação que decorre do próprio ordenamento jurídico. Isso porque, como é cediço, a segurança jurídica é um princípio que decorre do próprio Estado Democrático de Direito, e para que seja assegurado (assim como outros princípios que norteiam o ordenamento), não se necessita de autorização expressa, concluindo-se pela afirmação de que, de fato, a modulação excepcional dos efeitos das decisões judiciais, decorre do próprio sistema.

Não por outro motivo é que, em tese, a modulação de efeitos sempre foi possível, também, nas decisões proferidas do âmbito infraconstitucional. Soma-se a isso o fato de que, principalmente a partir da década de 1990, atribuiu-se maior caráter vinculante aos precedentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a atividade jurisdicional como fonte de direito e culminando com a criação, pelo Código de Processo Civil de 2015, de um verdadeiro sistema de precedentes, em que se preza pela uniformização e estabilidade, pelos tribunais, de seu entendimento, a fim de garantir aos jurisdicionados uma maior previsibilidade da atuação do Judiciário e um tratamento isonômico, garantindo, assim, a segurança jurídica.

A Constituição concedeu ao Superior Tribunal de Justiça a função de definidor da interpretação do direito federal, atribuindo-lhe sentido e unidade, evitando, como consequência, decisões destoantes por parte dos tribunais ordinários e, num sistema de precedentes vinculantes, o papel do Superior Tribunal de Justiça é essencial para garantir a almejada unidade de interpretação do direito. Não se pode negar, assim, que os seus precedentes criam verdadeiras pautas de conduta, geradoras de legítima expectativa e confiança aos jurisdicionados, que devem ser protegidas na indesejável hipótese de mudança brusca de entendimento consolidado.

Por essas razões é que, mesmo antes da expressa autorização legal, o STJ já discutiu, em algumas oportunidades, a possibilidade de se modular os efeitos de suas decisões. Durante a vigência do CPC/73, apesar de serem encontradas algumas exceções, houve grande resistência quanto à apreciação do tema, rejeitando-se a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos ao argumento de inexistência de autorização legal para tanto. Com o Código de Processo Civil, que, em seu art. 927, § 3º, prevê expressamente a possibilidade de modulação, esse entendimento foi, naturalmente, superado.

A partir da análise das decisões do Tribunal após a vigência do CPC/15, nota-se que, apesar de tratar do tema de forma mais adequada, não é possível identificar posicionamento da Corte quanto às hipóteses em que deve ocorrer a modulação, e nem quais seriam seus requisitos. A modulação foi aplicada com base em parâmetros diversos, sendo utilizada, ora para a definição de regra nova, ora na hipótese de superação de entendimento e, às vezes com fundamentação que não nos parece a mais adequada, por não demonstrar, de forma analítica, os motivos pelos quais deve-se atribuir efeitos prospectivos. A aplicação de efeitos prospectivos a um precedente do STJ, sem que seja realizada a devida fundamentação e sem que se leve em consideração a existência de confiança, ou algum outro princípio fundamental a se proteger, pode trazer impactos nocivos aos jurisdicionados, causando, pelo contrário, uma situação de maior insegurança jurídica que é justamente o que a aplicação da técnica busca evitar.

Dessa forma, mostra-se necessária a definição de parâmetros mínimos que possam guiar os julgadores quando da aplicação da técnica da modulação de efeitos, a fim de diminuir a situação de incerteza quanto aos efeitos das decisões. É evidente que, por se tratar de tema naturalmente resistente à sistematização, a definição de parâmetros não é tarefa fácil. Contudo, a partir da análise das decisões e da doutrina quanto ao tema, podem ser identificados dois critérios, ainda que não objetivos, que devem ser considerados.

O primeiro critério baseia-se no princípio da confiança, intrínseco à segurança jurídica, devendo-se pensar em modulação de efeitos quando há alteração de entendimento que serviu como verdadeira pauta de conduta aos jurisdicionados.⁴⁸ O segundo critério somente surge quando se ultrapassa o primeiro e consiste na análise dos eventuais prejuízos que poderiam, em tese, ser causados aos jurisdicionados com a aplicação naturalmente retroativa dos efeitos da decisão, que levaria a uma situação de maior insegurança jurídica.

Esses critérios, contudo, servem tão-somente para diminuir o nível de discricionariedade quando da eventual aplicação da técnica decisória, diminuindo o campo de interpretação, impondo um dever de fundamentação específica e analítica a cada caso. Ainda que não se possa chegar a uma resolução definitiva quanto ao tema, não se pode, por esse motivo, desistir de alcançar a melhor decisão. Assim, a jurisprudência e a doutrina devem andar juntas na busca de um padrão argumentativo e de parâmetros mínimos. Somente assim é que se diminuirá a incerteza quanto à aplicação da técnica, para que sejam efetivamente cumpridos os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

⁴⁸ Como visto, há exceção quando se tratarem de casos em que o Judiciário atua como Administrador.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37-95; 146-167

BARBOSA, Ruy. *O direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910, v. 1. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61649> Acesso em 04 nov. 2019.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Noções Introdutórias. In: MENDES, Gilmar Ferreira; _____. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37-97.

BRASIL. *Constituição da República (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 04 nov. 2019.

_____. *Código de Processo Civil (1973)*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 04 nov. 2019.

_____. *Código de Processo Civil (2015)*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 04 nov. 2019.

_____. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 04 nov. 2019.

_____. *Lei nº 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 1999. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 04 nov. 2019.

_____. STF. *ADI nº 513*, rel. Min. Célio Borja, Tribunal Pleno, j. em 14. 06. 1991, DJ 19.05.1995.

_____. STF. *ADI nº 1.102/DF*, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 05.10.1995, DJ 17.11.1995.

_____. STF. *RE 78.594/SP*, rel. Min. Bilac Pinto, 2ª Turma, j. em 04.11.1974, DJ 07.06.1974.

_____. STF. *RE 79.343/BA*, rel. Min. Leitão de Abreu, 2ª Turma, j. em 31.05.1977, DJ 02.09.1977.

_____. STF. *RE 122.202/MG*, rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, j. em 10.08.1993, DJ 08.04.1994.

_____. STF. *RE nº 197.917/SP*, rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 24.03.2004, DJ 07.05.2004.

_____. STF. *RE nº 586.453/SE*, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. em 20.02.2013, DJ 06.06.2013.

_____. STJ. *EREsp nº 738.689/PR*, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, j. em 27.06.2007, DJ 22.10.2007.

_____. STJ. *REsp nº 1.192.556/PE*, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. em 25.08.2010. DJe 06.09.2010.

_____. STJ. *EDcl no REsp 1.192.556/PE*, rel. auro Campbell Marques, 1ª Seção, j. em 27.10.2010. DJe 17.11.2010.

_____. STJ. *EDcl nos EDcl no REsp nº 1.091.393/SC*, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. em 10.10.2012, DJe. 14.12.2012.

_____. STJ. *EDcl nos EDcl no REsp 1.060.210/SC*, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 13.08.2014, DJe 08.09.2014

_____. STJ. *REsp nº 1.596.978/RJ*, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 07.06.2016, DJe 01.09.2016.

_____. STJ. *REsp nº 1.657.156/RJ*, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. em 25.04.2018, DJe 04.05.2018.

_____. STJ. *REsp nº 1.696.396/MT*, rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 05.12.2018, DJe. 19.12.2018.

_____. STJ. *REsp nº 1.704.520/MT*, rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 05.12.2018, DJe. 19.12.2018.

_____. STJ. *EREsp nº 1.596.978/RS*, rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, j. em 14.08.2019, DJe 11.10.2019.

_____. STJ. *REsp nº 1.813.684/SP*, rel. Min. Raul Araújo, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. em 02.10.2019, DJe. 18.11.2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 128-132.

CALDEIRA, Marcus F. H.. *O desenvolvimento dos modelos americano, alemão e brasileiro de controle de constitucionalidade e a “objetivação” processual: writ of certiorari norte-americano, Verfassungsbeschwerde alemã e a “objetivação” do recurso extraordinário brasileiro*. 2014, 373 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília.

CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 430-341

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 14 reimp. Coimbra: Almedina, 2014.

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

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram a jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º, do novo CPC). In: ARAÚJO, Raul; MARCONI, Cid; ROCHA, Tiago Asfor (org.). *Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 299 – 319.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 48, n. 190, t. 2, abr.-jun. 2011. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242857>>. Acesso em 05 out. 2019.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 3 ed., rev., atual., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com emissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 2 ed. ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELO, Pedro José Costa. O NCPC e a modulação de efeitos de decisões sobre a inconstitucionalidade de normas: derrogação tácita do artigo 27 da Lei 9.868/99?. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Coleção novo CPC: doutrina selecionada*. v. 2, 2 ed., rev., atual., Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais Online, jul. 2015, v. 245/2015, p. 333-349.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Comentários ao código de processo civil*. 1 ed. ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil*. 2013, 257 f. Tese (Doutorado), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP, São Paulo.

NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 175.

NOWAK, John. E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 4. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1991, p. 1-20; 22-114.

NUNES, José Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. Disponível em <<https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/630>> Acesso em 07 nov. 2019.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). *Revista de Processo*. Revista dos Tribunal Online, out. 2015, v. 248/2015, p. 331-355.

_____. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais Online, set. 2016, v. 259/2016, p. 405-435.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (coord.). *Interpreting Precedents: a comparative study*, Farnham: Ashgate Publishing Company, 1997, p. 355-406.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, v. 1, p. 207 – 285; 302-385.

APÊNDICE

**Tabela das decisões do Superior Tribunal de Justiça que discutiram acerca
da modulação de efeitos de suas decisões**

	Número do Processo	Ano de julgamento	CPC vigente	Órgão julgador	Modulação de efeitos	Fundamentos	Julgado sob o rito dos repetitivos?
1	HC 28598/MG	2005	1973	5ª Turma	Sim	Mudança jurisprudencial não pode atingir atos consolidados antes da alteração.	Não
2	REsp 738.689/PR	2007	1973	1ª Seção	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
3	REsp 738.689/PR	2007	1973	1ª Seção	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
4	AgRg no Ag 827.293/RS	2007	1973	1ª Turma	Sim	Mudança jurisprudencial não pode atingir atos consolidados antes da alteração.	Não
5	AgRg no REsp 671.912/SP	2008	1973	5ª Turma	Sim	Mudança jurisprudencial não pode atingir atos consolidados antes da alteração.	Não
6	EDcl no AgRg no REsp 666.752/PR	2008	1973	2ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
7	REsp 654.446/AL - ler esse voto	2009	1973	2ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões. O Relator, apesar de manter o posicionamento da 1ª Seção quanto à impossibilidade de modular os efeitos, ressaltou seu entendimento no sentido de ser possível a modulação de efeitos quando há alteração de jurisprudência reiterada.	Não
8	REsp 1.105.442/RJ	2009	1973	1ª Seção	Não	Não houve inovação no ordenamento jurídico e não há autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Sim

9	AgRg no Ag 1.199.331/RJ	2010	1973	1ª Turma	Não	Não houve inovação no ordenamento jurídico e não há autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
10	EDcl no AgRg nos EREsp 724.111/RJ	2010	1973	1ª Seção	Não	A decisão que não enfrenta o mérito do recurso não comporta modulação e não há autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
11	REsp 1.165.623/RS	2010	1973	2ª Seção	Sim	Necessidade de preservação dos atos praticados antes da declaração de suspeição do Magistrado.	Não
12	EDcl no REsp 1.234.881/RS	2012	1973	4ª Turma	Não	Tema já julgado sob o regime do 543-C do CPC/73, ocasião em que sequer se aventou a possibilidade de modulação dos efeitos. Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões, ainda que em sede de recurso representativo de controvérsia.	Não
13	EDcl no REsp 1.167.483/RS	2012	1973	4ª Turma	Não	Tema já julgado sob o regime do 543-C do CPC/73, ocasião em que sequer se aventou a possibilidade de modulação dos efeitos. Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões, ainda que em sede de recurso representativo de controvérsia.	Não

14	REsp 1.166.926/RS	2012	1973	2ª Seção	Não	A Min. Relatora sugeriu a modulação de efeitos da decisão, reputando prescritas as ações individuais ajuizadas fora do prazo, mas admitindo o julgamento da ação coletiva, a fim de preservar a integridade do sistema financeiro e a eficiência do sistema processual. A modulação não foi mais discutida em razão da perda superveniente do objeto do recurso.	Não
15	AgRg no REsp 1202151/RS	2012	1973	4ª Turma	Não	Tema já julgado sob o regime do 543-C do CPC/73, ocasião em que sequer se aventou a possibilidade de modulação dos efeitos. Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões, ainda que em sede de recurso representativo de controvérsia.	Não
16	EDcl nos EDcl no REsp 1.091.393/SC	2012	1973	2ª Seção	Não	Não há amparo constitucional nem legal que justifique a modulação de efeitos pelo STJ. Min. Paulo de Tarso Sanseverino ressaltou a possibilidade de se modular os efeitos do STJ, pois o dever de se manter a segurança jurídica é garantia fundamental que decorre da própria Constituição.	Sim
17	AgRg no REsp 1.353.699/CE	2013	1973	2ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
18	EDcl no AgRg nos EAREsp 93.820/PR	2013	1973	Corte Especial	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não

19	AgRg no REsp 1353796/CE	2013	1973	1ª Turma	Não	A modificação de entendimento jurisprudencial em sede de repetitivo adquire força cogente e deve ser aplicada aos feitos pendentes de julgamento.	Não
20	AgRg no REsp 1.343.601/RS	2013	1973	4ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
21	AgRg no REsp 1177622/RJ	2014	1973	3ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
22	EDcl no AgRg no AREsp 86.353/PR	2014	1973	4ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
23	AgRg no AREsp 36.132/PR	2014	1973	4ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
24	EDcl nos EDcl no REsp 1.060.210/SC	2014	1973	1ª Seção	Não	A alteração jurisprudencial, por si só, não ofende os princípios da segurança jurídica, não sendo o caso de modulação de efeitos porquanto não houve declaração de inconstitucionalidade de lei.	Sim
25	AgRg no REsp 1.332.559/CE	2014	1973	2ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
26	AgRg no REsp 1.348.902/RS	2014	1973	1ª Turma	Não	A alteração jurisprudencial, por si só, não ofende os princípios da segurança jurídica, não sendo o caso de modulação de efeitos porquanto não houve declaração de inconstitucionalidade de lei.	Não
27	AgRg no Ag 1.432.460/MT	2015	1973	2ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não

28	EDcl no AgRg no REsp 1.323.163/SC	2015	1973	2ª Turma	Não	A alteração jurisprudencial, por si só, não ofende os princípios da segurança jurídica, não sendo o caso de modulação de efeitos porquanto não houve declaração de inconstitucionalidade de lei.	Não
29	EDcl no REsp 1.129.215/DF	2015	1973	Corte Especial	Não	A alteração jurisprudencial, por si só, não ofende os princípios da segurança jurídica, não sendo o caso de modulação de efeitos porquanto não houve declaração de inconstitucionalidade de lei.	Não
30	EDcl nos EREsp 1.406.674/SC	2015	1973	1ª Seção	Não	A alteração jurisprudencial, por si só, não ofende os princípios da segurança jurídica, não sendo o caso de modulação de efeitos porquanto não houve declaração de inconstitucionalidade de lei.	Não
31	REsp 1.596.978/RJ	2016	2015	1ª Turma	Sim	Atribui efeitos prospectivos ao REsp 1.192.556, julgado sob o rito dos repetitivos em 2010, em razão da mudança jurisprudencial que o repetitivo representou.	Não
32	REsp 1.620.919/PR	2016	2015	4ª Turma	Sim	Violação da segurança jurídica pela alteração abrupta do precedente (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Não
33	EDcl no AgRg no REsp 1.362.126/DF	2017	2015	3ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
34	AgInt no REsp 1.584.470/SP	2017	2015	3ª Turma	Não	Ausência de alteração de jurisprudência que pudesse justificar a modulação de efeitos.	Não

35	REsp 1.367.361/CE	2017	2015	2ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
36	AgInt nos EDcl no AREsp 958.168/MG	2017	2015	2ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
37	REsp 1.604.515/RS	2017	2015	1ª Seção	Não	Impossibilidade de realização de modulação após o julgamento do repetitivo que superou o precedente.	Não
38	AgInt na Rcl 34.085/SP	2017	2015	1ª Seção	Não	Descabe a reclamação com o fito de modular os efeitos de precedente.	Não
39	AgInt no REsp 1.601.768/DF	2017	2015	2ª Turma	Não	Impossibilidade de realização de modulação após o julgamento do repetitivo que superou o precedente.	Não
40	REsp 1.495.146/MG	2018	2015	1ª Seção	Não	Impossibilidade de ampliação da modulação de efeitos realizada pelo STF para abarcar hipóteses que não foram contempladas pelo STF.	Sim
41	REsp 1.495.144/RS	2018	2015	1ª Seção	Não	Impossibilidade de ampliação da modulação de efeitos realizada pelo STF para abarcar hipóteses que não foram contempladas pelo STF.	Sim
42	REsp 1.492.221/PR	2018	2015	1ª Seção	Não	Impossibilidade de ampliação da modulação de efeitos realizada pelo STF para abarcar hipóteses que não foram contempladas pelo STF.	Sim
43	AgInt no REsp 1.567.597/SP	2018	2015	3ª Turma	Não	Descabimento da modulação de efeitos das decisões proferidas pelo STJ na vigência do CPC/1973.	Não

44	EDcl no REsp 1.336.026/PE	2018	2015	1ª Seção	Sim	Foi reconhecido pelo Tribunal que não havia jurisprudência consolidada, mas ainda assim realizada a modulação de efeitos (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Sim
45	AgInt no REsp 1.607.619/DF	2018	2015	1ª Turma	Não	Impossibilidade de realização de modulação após o julgamento do repetitivo que superou o precedente.	Não
46	EDcl no REsp 1.551.640/SC	2018	2015	2ª Turma	Não	Ausência de entendimento anterior e pacificado superado e ausência de demonstração de maior segurança jurídica com a modulação (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Não
47	REsp 1.312.736/RS	2018	2015	2ª Seção	Sim	Não houve propriamente superação de entendimento consolidado do STJ, mas tutela da confiança legítima dos jurisdicionados, eis que a matéria era da competência da justiça do trabalho e decidida em sentido diverso (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Sim
48	REsp 1.340.553/RS	2018	2015	1ª Seção	Não	Dois votos não a admitiram. O primeiro afirmou que houve superação do precedente, no entanto, não haveria interesse social e tutela da segurança jurídica, o segundo sequer admitiu que houve superação de entendimento consolidado (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Sim
49	REsp 1.657.156/RJ	2018	2015	1ª Seção	Sim	Não houve superação, mas fixação do precedente (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Sim

50	REsp 1.712.163/SP	2018	2015	2ª Seção	Sim	Modulação apenas intrapartes para determinar o reembolso de valores despendidos com medicamento apenas após a data da legalização do medicamento.	Sim
51	EDcl no REsp 1.630.659/DF	2018	2015	3ª Turma	Não	Ausência de entendimento anterior e pacificado superado, violação apenas do interesse privado da empresa e incidência de direito fundamental para impedir a modulação (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Não
52	EDcl no REsp 1.630.889/DF	2018	2015	3ª Turma	Não	Ausência de entendimento anterior e pacificado superado e ausência de demonstração de maior segurança jurídica com a modulação.	Não
53	REsp 1.704.520/MT	2018	2015	Corte Especial	Sim	Não houve superação, mas houve modulação para a preservação da segurança jurídica (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Sim
54	REsp 1.696.396/MT	2018	2015	Corte Especial	Sim	Não houve superação, mas houve modulação para a preservação da segurança jurídica (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Sim
55	REsp 1.787.795/PB	2019	2015	2ª Turma	Não	Ausência de entendimento anterior e pacificado superado e inexistência de prejuízo significativo para a empresa (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Não
56	EREsp 1.548.456/BA	2019	2015	1ª Seção	Não	Impossibilidade de realização de modulação após o julgamento do repetitivo que superou o precedente.	Não

59	EDcl no REsp 1.634.851/RJ	2019	2015	3ª Turma	Não	Ausência de entendimento anterior e pacificado superado e ausência de demonstração de maior segurança jurídica com a modulação.	Não
58	EREsp 1.596.978/RJ	2019	2015	1ª Seção	Não	Impossibilidade de realização de modulação após o julgamento do repetitivo que superou o precedente (PEIXOTO, 2019, p. 356-357).	Não
59	AgInt no REsp 1.268.821/PB	2019	2015	1ª Turma	Não	Ausência de autorização legal para que o Superior Tribunal de Justiça module os efeitos de suas decisões.	Não
60	REsp 1.813.684/SP	2019	2015	Corte Especial	Sim	Foi reconhecido pelo Tribunal que não havia jurisprudência consolidada, mas ainda assim realizada a modulação de efeitos.	Não