

# **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **PROCESSO CIVIL II**

**LUIZ GERALDO DO CARMO GOMES**

**VALTER MOURA DO CARMO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo Civil II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valter Moura do Carmo

Luiz Geraldo do Carmo Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-048-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## PROCESSO CIVIL II

---

### **Apresentação**

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI, realizou entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, o seu I Encontro Virtual. Com a impossibilidade de realizar presencialmente o Encontro Nacional, pelo contexto da pandemia, na cidade do Rio de Janeiro, foi disponibilizado um conjunto de ferramentas que permitiu a realização de palestras, painéis, fóruns, assim como os tradicionais grupos de trabalhos e apresentação de pôsteres, mantendo o formato e a dinâmica já conhecidos durante os eventos presenciais.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho em Processo Civil II durante o Encontro Virtual do CONPEDI guardam entre si profícuas discussões em torno de temas palpitantes do Processo Civil brasileiro.

O grupo de trabalho teve início com a apresentação do artigo “Princípio da colegialidade no CPC/2015 em face da contemporânea e arcaica pseudocolegialidade”, afirmando que o CPC /2015 estabeleceu um novo paradigma que vincula as decisões dos Tribunais e desde então, a correta aplicação do direito no sistema processual recursal estabelece a efetiva formação de precedentes vinculantes, com vistas a uniformizar a jurisprudência, dando estabilidade e coerência nas decisões enquanto um modelo cooperativo e dialógico.

Tivemos a apresentação do texto sobre “A produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015: breve análise e releitura das disposições legais”, que teve por escopo analisar o instituto em sua perspectiva geral e a partir de questões pontuais, abarcadas ou não pelo código, sobretudo a recorribilidade de decisão proferida nesta ação.

No artigo “Técnicas de distinção e superação de precedentes no Código de Processo Civil: uma análise da função sistêmica da reclamação constitucional, da ação rescisória e dos recursos” analisasse o papel exercido pela reclamação constitucional, ação rescisória e os recursos cíveis enquanto técnicas de distinção e superação de precedentes.

O trabalho seguinte, intitulado “taxatividade mitigada do rol do Agravo de Instrumento à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: hipótese da recuperação judicial e falência”, buscou retratar a taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, enfatizando-se na hipótese que envolva a Lei da Recuperação Judicial e Falência.

Em “Precedentes judiciais: um olhar específico em face da atuação da Procuradoria-Geral Federal e o Direito da personalidade à aposentação”, analisasse o sistema de precedentes no Brasil como um sistema misto. Demonstrando-se em que medida os precedentes previstos no art. 927 do CPC de 2015 vinculam juízes, tribunais e Administração Pública, considerando notadamente o regime jurídico constitucional estruturante.

O texto “Desafios do incidente de resolução de demandas repetitivas à luz do princípio da segurança jurídica e do contraditório” trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e dos princípios da segurança jurídica e do contraditório. Tendo como objetivo avaliar a aplicação dessas duas normas processuais fundamentais no marco jurídico do IRDR.

Já o artigo “Modulação de efeitos e superação de precedentes com eficácia prospectiva: a manipulação no tempo da eficácia de decisões pelo poder judiciário” realça as diferenças teóricas que subjazem as técnicas da modulação de efeitos na jurisdição constitucional e a concessão de eficácia prospectiva à alteração de jurisprudência vinculante ou à superação de precedente.

O trabalho “desconsideração da personalidade jurídica: sua aplicação na execução fiscal e uma breve análise do instituto após a entrada em vigor da medida provisória da liberdade econômica”, afirma que legislação brasileira apresenta muitos avanços sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em especial com a vigência do Código de Processo Civil. Já o direito material, sofreu recentes alterações, como a publicação da Medida Provisória da liberdade econômica.

O artigo apresentado “Causa de pedir: os fatos, os fundamentos jurídicos e o aforismo Iura Novit Curia” analisa a causa de pedir no processo civil brasileiro. Inicialmente, estabelece o seu conceito e conteúdo. Em seguida, analisa as teorias da substanciação e da individuação, apontando porque se entende que no Brasil foi adotada aquela primeira. Depois, procura identificar quais são os fatos que realmente identificam a causa de pedir. Finalmente, diferencia fundamentos jurídicos de fundamentos legais, e demonstra como o aforismo iura novit curia permite que o Estado-juiz faça o reenquadramento dos fatos articulados na petição inicial em qualquer norma capaz de resultar as consequências jurídicas pretendidas pelo autor.

Em “Judicialização da saúde em face do Poder Público e ônus sucumbenciais: por uma fixação equitativa dos honorários advocatícios” discutisse o atual contexto de imposição de honorários advocatícios sucumbenciais nas demandas de saúde ajuizadas contra o Poder Público.

O autor de “A participação de interessados no incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise teórica e prática, a partir de uma leitura constitucional do Código de Processo Civil” analisa a participação de interessados no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Código de Processo Civil, à luz da Constituição. Para tanto, é contextualizada a inserção do IRDR no ordenamento jurídico e apresentadas considerações acerca desse Incidente.

O trabalho “A influência exercida pelo capitalismo na edificação do Estado liberal de Direito e sua conseqüente primazia em tutelar Direitos individuais”, buscou compreender que o capitalismo influenciou diretamente a instituição do Estado Liberal, bem como o direito e conseqüentemente o ambiente processual, mormente no que toca a proteção de direitos individuais.

O artigo apresentado “A PEC n.º 199/2019 e seus efeitos para além do Processo Penal” pretendeu analisar a PEC n.º 199/2019 e problematizar os seus efeitos no âmbito do processo civil.

Ainda dada a relevância do tema, tivemos a apresentação “A experiência do leilão eletrônico no Brasil: reflexões possíveis frente ao novo Coronavírus” que teve por objetivo discutir o leilão eletrônico e suas contribuições ante o isolamento social imposto pelo novo coronavírus.

Em “Novos paradigmas do Processo Civil e as limitações ao Iura Novit Curia” expõem-se que o Código de Processo Civil trouxe algumas mudanças em alguns institutos, como o do iura novit curia. Isso ocorrendo em face da modificação ou criação de alguns artigos que limitaram a atuação literal do aforismo, como a instituição da vedação de decisões surpresas, saneamento por convenção das partes, função homologatória e julgamento verticalizado pelos tribunais.

Por fim, tivemos a apresentação do artigo “A arbitragem na desapropriação: instrumento de composição dos conflitos envolvendo a administração pública” onde demonstra-se a partir do método dedutivo, a importância da instituição de câmaras arbitrais pelos tribunais de contas. Ao final, apresenta-se um conjunto de justificativas para que o Tribunal de Contas venha a se inserir neste importante tema.

Desejamos uma boa leitura dos artigos e os convidamos a participar do próximo GT de Processo Civil.

#ContinuePesquisando

Prof. Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes - University of Limerick (UL)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Processo Civil II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**MODULAÇÃO DE EFEITOS E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES COM EFICÁCIA PROSPECTIVA: A MANIPULAÇÃO NO TEMPO DA EFICÁCIA DE DECISÕES PELO PODER JUDICIÁRIO**

**EFFECTS MODULATION AND PROSPECTIVE OVERRULING OF PRECEDENTS: THE MANIPULATION IN TIME OF THE EFFECTIVENESS OF THE OPINION BY THE JUDICIARY**

**Pedro Fülber Simon <sup>1</sup>**

**Resumo**

O artigo realça as diferenças teóricas que subjazem as técnicas da modulação de efeitos na jurisdição constitucional e a concessão de eficácia prospectiva à alteração de jurisprudência vinculante ou à superação de precedente. Busca critérios para adequadamente distingui-las, no intuito de corroborar com a qualidade das decisões e com a administração da Justiça Civil. Levando em conta as funções exercidas pelas Cortes Supremas e as Cortes de Justiça, o conteúdo da decisão e o objetivo almejado ao optar-se pela manipulação no tempo da eficácia da decisão, as técnicas são diferenciadas através de três critérios: funcional, material e teleológico.

**Palavras-chave:** Modulação de efeitos, Eficácia prospectiva, Precedentes, Segurança jurídica

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper highlights the theoretical differences that underlie the techniques of effects modulation in the constitutional jurisdiction and the prospective overruling of precedents and to alteration of binding jurisprudence. Seeks criteria to adequately distinguish them, in order to corroborate the quality of the opinions and with the administration of Civil Justice. Taking into account the functions exercised by the Supreme Courts and the Courts of Justice, the content of the opinion ruled and the objective pursued when opting for manipulation in time of the effectiveness of the opinion, the techniques are differentiated through three criteria: functional, material and teleological.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Effects modulation, Prospective overruling, Precedents, Legal certainty

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/RS.

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro experimentou significativas transformações nos últimos anos, tendo como uma das mais relevantes ocorrida no âmbito da teoria do Direito, mais precisamente, na forma como se encaram a interpretação e a aplicação do Direito. As alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) e pela Lei nº 13.655, de abril de 2018, a qual introduziu diversos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), relacionadas ao tema da superação de precedentes e de jurisprudência uniformizadora com eficácia prospectiva, fazem parte desse movimento e expressam a tentativa do legislador de aproximar o texto legislativo aos avanços doutrinários.

Como é cediço, o diploma processual resolveu expandir a técnica da manipulação da eficácia de decisões no tempo pelo Poder Judiciário, bem como considerá-la não mais exclusiva do Supremo Tribunal Federal e mesmo do controle de constitucionalidade, mas de todos os Tribunais do país, em casos de alteração de jurisprudência uniformizadora e de superação de precedentes. Por sua vez, a Lei nº 13.655/2018 acrescentou importantes dispositivos à LINDB, dentre eles o artigo 23, o qual prevê que toda decisão judicial, controladora ou administrativa, que estabelecer nova interpretação ou orientação sobre textos legais, impondo novo dever ou condicionamento de direito, deverá prever um regime de transição. Regulamentando tal disposição, o Poder Executivo, há menos de um ano, editou o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, o qual, em seus arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 19º, trata da legítima preocupação da Administração Pública em gerar segurança jurídica aos cidadãos e à classe empresária, reconhecendo-se a manipulação no tempo da eficácia de decisões administrativas e judiciais como um imprescindível instrumento para tanto.

Embora ainda tímida a aplicação do instituto da manipulação temporal da eficácia de decisões na jurisdição infraconstitucional, felizmente vem se reconhecendo a importância da técnica, que passa, aos poucos, a ser mais frequentemente encontrada em julgamentos emanados do Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup>. Faz-se imperioso, assim, examinar as novas

<sup>1</sup> Exemplificativamente, cita-se o Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, STJ, Primeira Seção, Relator Benedito Gonçalves, Julgado no dia 24 de abril de 2018 e os Recursos Especiais nºs 1.696.396/MT e 1.704.520/MT STJ, Corte Especial, Relatora Nancy Andrighi, Julgados no dia 05 de dezembro de 2018.

disposições sobre a matéria, sobretudo como o instituto deve ser aplicado para que, a pretexto de estar-se defendendo a segurança jurídica, não se acabe por fomentar o efeito inverso.

Em face da nova ferramenta entregue ao Poder Judiciário por parte do legislador e das muitas repercussões que ela traz à administração da Justiça Civil, afigura-se de essencial relevância o estudo que visa perquirir o substrato teórico que subjaz a utilização da técnica da manipulação da eficácia de decisões no tempo na alteração de precedente judicial e de jurisprudência uniformizadora, quais são os seus pressupostos de aplicação e no que se difere da tradicional modulação de efeitos na jurisdição constitucional, ao que se propõe investigar no presente artigo.

## **1 A NOVA FORMATAÇÃO DOS FENÔMENOS DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO**

### **1.1 COGNITIVISMO E CETICISMO**

Ainda ressoa nos tribunais a compreensão de que a alteração de entendimento jurisprudencial deve ter aplicação imediata aos recursos pendentes de apreciação, mesmo aos interpostos antes do julgamento que modificou a jurisprudência, haja vista que “caracteriza apenas interpretação da norma e não estabelecimento de nova regra que se submete ao princípio da irretroatividade ou do *tempus regit actum*”<sup>2</sup>. Sob esse raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça vem replicando o seu entendimento fixado no âmbito dos EDcl nos EDcl no REsp nº 1.060.210/SC, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos (então artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973), no sentido de 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”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> AgInt no AREsp nº 238.170. STJ, Terceira Turma. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado no dia 23 de maio de 2017. Similar conclusão é também alcançada, exemplificativamente, nos seguintes julgados: AgInt no REsp nº 1.394.912 (STJ, Primeira Turma. Relator: Benedito Gonçalves. Julgado no dia 02 de abril de 2019), AgInt no REsp nº 1.595.438 (STJ, Terceira Turma. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado no dia 13 de dezembro de 2016), AgInt no REsp nº 1.205.143 (STJ, Quarta Turma. Relator: Raul Araújo. Julgado no dia 17 de novembro de 2016) e EDcl no AgRg no AREsp nº 805.058 (STJ, Terceira Turma. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado no dia 27 de outubro de 2016).

<sup>3</sup> STJ, Primeira Seção. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado no dia 13 de agosto de 2014.

Pode-se dizer que as compreensões apontadas acima têm sustentáculo na oitocentista teoria cognitivista da interpretação. De acordo com os seus defensores, o conteúdo da lei está implícito no texto legal, de modo que o julgador investiga ou conhece para declarar o que já estava gravado no texto, ficando o intérprete enlaçado à norma preexistente. Sob esta ótica, a interpretação não passa de um enunciado descritivo (MARINONI, 2016, p. 64). Para utilizar uma conhecida expressão de Jerome Frank, “*the law, ready-made, pre-exists the judicial decisions*” (2009, p. 35).

Nessa perspectiva, a jurisprudência não é fonte do direito nos ordenamentos da *civil law*, não se podendo aplicar os mesmos critérios para a alteração de atos legislativos, porque o entendimento superado corresponde a uma “má compreensão” do direito, o que não representaria qualquer alteração normativa. Não existe, portanto, um direito do particular à confiança na manutenção de uma percepção anterior e “equivocada” do julgador, não havendo expectativa legítima a ser tutelada.

Ocorre que nos últimos anos pode se dizer que houve uma profunda alteração do que se entende por interpretar e aplicar o Direito. Tal constatação está intimamente ligada ao reconhecimento da distinção entre texto e norma e da função adscritiva de sentidos dos julgadores. Consequentemente, o produto proveniente do Poder Judiciário passou a ser recebido pela ordem jurídica com características diversas das até então concebidas, constatando-se um papel de maior relevância aos provimentos emanados dos Tribunais.

A doutrina dos Novecentos passa a trabalhar com teorias cognitivistas moderadas e céticas (puras ou mistas, radicais ou moderadas) da interpretação, as quais alcançam destaque no cenário internacional. Inicia-se um movimento de deslocamento da compreensão da existência de uma prévia determinação à dupla indeterminação do Direito. Melhor dizendo: “da suposição de que o direito é algo totalmente determinado em um momento prévio à interpretação, próprio à oitocentista teoria cognitivista, à percepção de que o direito é duplamente indeterminado, sendo justamente papel da interpretação precisar contextualmente o seu significado”, tornando-se a interpretação elemento central de toda a teoria do direito (MITIDIÉRO, 2018, p. 59)<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Justificando a dupla indeterminação do Direito, Riccardo Guastini percebe que os textos legais são equívocos e as normas são vagas. Segundo Guastini (2011, p. 39-43), os textos são equívocos, pois ambíguos (há duas ou mais opções de significados excludentes), complexos (podem exprimir mais de uma norma ao mesmo tempo), implicativos (a norma originada do texto pode implicar uma outra norma) e defectivos (sujeitos a exceções implícitas). O modo como os textos são redigidos, se com

Conforme Tarello, há uma distinção fundamental entre o texto da lei e a norma, sendo esta o produto da interpretação de textos e demais elementos jurídicos. Interpretar é adscrever significados a textos, resultando em uma ou mais normas, sem a pretensão de se obter um resultado unívoco. Portanto, a norma não é objeto, mas resultado da interpretação (1980, p. 61 e 63)<sup>5</sup>. Dito de outro modo, as normas não são extraídas dos textos, mas sim os significados normativos são adscritos a eles.

Assim, não existe correspondência entre norma e dispositivo, de modo que nem sempre que houver um dispositivo haverá uma norma e, de igual forma, nem sempre que houver uma norma haverá, necessariamente, um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2018, p. 50). Exemplo dessa compreensão é a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto realizada pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se declara a inconstitucionalidade de um dos significados extraídos do dispositivo legal, pois incompatível com a Constituição. A redação do texto é mantida, mas as normas construídas a partir dele, se incompatíveis com a Constituição, são afastadas.

O significado do texto legal não é intrínseco ao conteúdo de suas palavras, dependendo de seu uso e interpretação, mediante a construção de sentidos com base na utilização da linguagem. Tal afirmação permite-nos constatar que o julgador não simplesmente descreve o significado previamente existente dos dispositivos, mas, em realidade, sua atividade consiste em constituir esses significados. Em razão dessa atividade de construção, obviamente, ter que respeitar os traços mínimos de sentido das palavras utilizadas pelos textos legais incorporados ao uso comunitário da linguagem, diz-se, com mais precisão, que o intérprete não só constrói, mas reconstrói – a partir dos significados mínimos das palavras e dos fins e valores constitucionais – sentido. Daí afirmar-se que o Poder Judiciário não exerce apenas a função de legislador negativo, porquanto a este recai a incumbência de concretização do ordenamento jurídico diante do caso concreto (ÁVILA, 2018, P. 54).

Sendo toda disposição mais ou menos vaga e ambígua, tolerando por vezes várias e conflitantes atribuições de significado, a partir da evolução da teoria da interpretação lógico-

caráter taxativo e exaustivo ou se meramente exemplificativo, também é causa de equivocidade (p. 43-44). Por sua vez, as normas são vagas, pois não se sabe exatamente quais casos se enquadram em seu campo de aplicação, uma vez que dependem de predicados para transmitir o seu conteúdo jurídico, os quais são inevitavelmente imprecisos em todas as línguas (p. 46-52).

<sup>5</sup> Na mesma linha da distinção entre texto e norma é a doutrina de Eros Grau, esclarecendo-se que não se interpretam propriamente normas, mas sim textos dotados de autoridade jurídica (GRAU, 2014, p. 36-39).

argumentativa narrada acima percebeu-se que o intérprete valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis. A norma, enquanto decisão judicial, é reconstruída a partir de elementos textuais e extratextuais do ordenamento jurídico. Para tanto, cabe ao julgador valorar, seja elegendo determinada diretiva interpretativa, seja optando por um dos resultados da atividade-interpretação.

É claro, porém, que existem áreas do direito mais “duras” ou “rígidas”, enquanto outras são mais “frouxas” ou “flexíveis”. Diz-se que o Direito Penal e o Direito Tributário são mais rígidos (PECZENICK; BERGHOLZ, 1991, p. 347-348), enquanto o Direito de Família costuma ser exemplo de maior flexibilidade interpretativa. De tal sorte, a abordagem judicial relativa à interpretação da lei pode variar de um ramo para outro do Direito ou, ainda, conforme o conjunto de normas que disciplinam certos temas dentro do mesmo ramo. Conforme Teresa Arruda Alvim, por exemplo, no Direito Civil a disciplina dos direitos reais tem um ambiente rígido, ao passo que o conjunto de normas que trata dos contratos é visivelmente mais flexível (ALVIM, 2019, p. 51).

Fato é que a evolução da teoria da interpretação coloca nas mãos, especialmente das Cortes Supremas (TARUFFO, 1991, p. 161-167), a função de atribuir sentido ao direito (caráter adscritivo), isto é, definir a interpretação adequada do texto legal (MITIDIERO, 2017, P. 79-84). O enriquecimento da ordem jurídica ocorre através da formulação de precedentes, razão pela qual diz-se que a “uniformidade da interpretação” não pode mais ser somente meio de controle da legalidade das decisões judiciais hierarquicamente inferiores, devendo ser vista como sinônimo de “unidade de direito”, eis que as Cortes Supremas devem atribuir sentido ao Direito, deixando-se de lado a ilusória tarefa de “revelação da norma contida na lei” (MARINONI, 2016, p. 66-67). Se isso é verdade, conhecer o direito aplicável significa conhecer a interpretação conferida a ele pelas Cortes (MARINONI, 2017, p. 147).

Tal compreensão fez deslocar a tônica da legislação ao judiciário para a promoção da segurança jurídica e da igualdade, eis que a lei não basta como guia dos comportamentos sociais (MITIDIERO, 2018, P. 78) ou para assegurar a isonomia de todos perante o Direito. A bem da verdade, a uniformidade de tratamento apenas existe diante da igualdade perante as decisões judiciais (ABREU, 2015, p. 55).

Com efeito, para que o Direito cumpra a sua função de orientação de condutas, a fim de satisfazer os seus objetivos básicos de prover uma ordem jurídica guiada pela liberdade e pela

igualdade, é preciso reduzir a sua indeterminação, sendo a interpretação o “modo pela qual essa operação é paulatina e contextualmente realizada” (MITIDIERO, 2018, P. 67).

## 1.2 A FUNÇÃO NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO E A NECESSIDADE DE REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL

Não há mais dúvidas de que o Poder Judiciário exerce ao julgar função normativa e, em menor ou maior extensão, atividade de índole criativa, ao menos até se criar o precedente ou a jurisprudência dominante – a partir de quando tal liberdade interpretativa diminui, devendo ser seguido o entendimento prevalecente (ALVIM, 2016, p. 265 e 274). Existe uma função de enriquecimento da ordem jurídica através da formulação de precedentes, daí dizer-se que a “uniformidade da interpretação” não pode mais ser somente meio de controle da legalidade das decisões judiciais hierarquicamente inferiores, devendo ser vista como sinônimo de “unidade de direito”, eis que as Cortes Supremas devem atribuir sentido ao Direito, deixando-se de lado a ilusória tarefa de “revelação da norma contida na lei” (MARINONI, 2016, p. 66-67).

Cabível a ressalva, para a boa compreensão do leitor, de que no constitucionalismo contemporâneo, especialmente no contexto brasileiro, em que a atividade judicial é subordinada a princípios constitucionais e a direitos fundamentais – cláusulas gerais e de textura aberta –, a atividade de índole criativa do julgador defendida neste trabalho encontra-se dentro da esfera de atuação que lhe foi atribuída pelo constituinte, pois sempre deverá privilegiar as normas constitucionais à lei. Não se está falando em criação do Direito (*judge make law*), mas de atribuição de sentidos aos textos. Sendo a norma resultado da interpretação, diante da dupla indeterminação do direito, imperioso que haja uma colaboração da jurisprudência com a legislação, “a fim de que o significado do direito seja densificado, precisado e devidamente comunicado aos seus destinatários” (MITIDIERO, 2018, p. 85).

A bem da verdade, o debate acerca da atividade de criação ou não do direito pelo julgador, para o enfrentamento do tema ora proposto, não é pertinente, pois dependerá do lugar de onde quem analisa o fenômeno está partindo. Explica-se: ao se partir da premissa de que não se podem tomar em conta princípios jurídicos para afirmar um direito não expresso no texto legal, a decisão que assim o fizer logicamente será taxada de criadora do direito; de outro giro, ao se admitir que o juiz deve considerar princípios e concretizar direitos, a decisão será compreendida como interpretativa da ordem jurídica (atribuição de sentidos aos textos) (MARINONI, 2016, p. 74).

De todo modo, fato é que o Direito é fruto da cultura e da história, sendo natural o seu desenvolvimento e evolução ao longo do tempo, com o que os Tribunais apresentarão invariavelmente mudanças em seus entendimentos. Ergue-se a necessidade, então, de harmonizar a inevitabilidade de mudança do direito e a proteção do planejamento jurídico realizado com fulcro no entendimento à época prevalecente. Daí compreender-se a segurança jurídica, também, como exigência de “estabilidade na mudança”, protegendo-se situações subjetivas já garantidas individualmente ao passo em que se dá continuidade do ordenamento jurídico mediante regras de transição e cláusulas de equidade (ÁVILA, 2016, p. 142).

Em linguagem mais clara, os tribunais devem preocupar-se com a geração de confiabilidade – protegendo expectativas e garantindo mudanças estáveis – e calculabilidade, isto é, viabilizando a “capacidade de o cidadão prever os limites, em grande medida, da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais” (ÁVILA, 2016, p. 143-144). As Cortes, ao julgarem os casos diante de si, sinalizam padrões de comportamento para uma grande quantidade de casos similares, fornecendo aos indivíduos uma orientação de conduta. Desse modo, a alteração da jurisprudência uniformizadora ou a superação do precedente deve se preocupar com o futuro, pois pode provocar um forte abalo na credibilidade do ordenamento jurídico.

Sempre que o intérprete alterar a estrutura normativa, os significados e as consequências estabelecidas pela ordem jurídica *a posteriori*, estará ele promovendo – ainda quando não o queira ou não o saiba – severa restrição ao direito fundamental à liberdade. O cidadão acaba por ficar impossibilitado de planejar a sua vida presente e futura e de antever as consequências jurídicas de suas escolhas; isto é, tolhe-se o seu direito de livre e racionalmente autodetermina-se (ÁVILA, 2019, p. 8).

Conforme alerta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, na medida em que as leis emanadas pelo Poder Legislativo comportam mais de uma alternativa interpretativa, é preciso compreender que a irretroatividade das leis se refere à lei “conforme uma de suas interpretações possíveis”. Assim, sendo a interpretação adotada alterada, a própria lei, em termos do seu sentido, se altera. Diante disso, na sua visão, a irretroatividade é, assim, do Direito, alcançando “a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto”. Se o princípio vale para o Poder Legislativo, com mais razão há de valer para os Poderes Executivo e Judiciário (FERRAZ JR, 2009, p. 11).

Destarte, devem haver regras de Direito intertemporal para as alterações de entendimentos dos Tribunais, em especial os superiores. Tais regras podem e devem ser construídas a partir do instituto da modulação de efeitos, fixando-se eficácia prospectiva à decisão, para promoção da segurança jurídica e da igualdade<sup>6</sup>.

Sob esse raciocínio, o legislador pátrio acresceu, através da Lei nº 13.655 de abril de 2018, diversos dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), dentre eles o artigo 23, o qual prevê que toda decisão judicial, controladora ou administrativa que estabelecer nova interpretação ou orientação sobre textos legais, impondo novo dever ou 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”.

Ora, o tribunal que alterou o seu entendimento até então prevalecente o fez sob nova interpretação do enunciado normativo em questão e, portanto, extraiu norma diversa do dispositivo. Esta nova norma, porém, era inexistente no momento do planejamento jurídico do particular, isto é, desconhecida. E, inexistindo a norma no momento da ação de determinada pessoa, “o indivíduo não tinha como se orientar por aquela, e, portanto, não tinha como determinar sua linha de ação levando em consideração o seu conteúdo. A liberdade é exercida sem a eficácia da norma modificadora, porém é valorada, posteriormente, por ela”. De tal sorte, impede-se que o cidadão possa medir as consequências jurídicas atribuídas pelo Direito ao seu comportamento e, com base nessa previsão, livremente optar por uma ou por outra conduta, ficando ele, assim, “totalmente impedido de recuar relativamente à prática de ato cuja consequência jurídica não quer suportar” (ÁVILA, 2016, p. 499).

Destarte, devem haver regras de Direito intertemporal para a alteração de jurisprudência uniformizadora e para a superação de precedentes, em especial aqueles decorrentes das Cortes Supremas. Tais regras podem e devem ser construídas a partir da concessão de eficácia prospectiva à decisão, fixando-se efeitos para o futuro, para a proteção da legítima confiança e da igualdade de todos perante o Direito.

<sup>6</sup> De acordo com Humberto Ávila, quando a eficácia retroativa for comprometer a credibilidade do ordenamento jurídico ou atingir situações subjetivas de modo injustificado, a exigência de confiabilidade repercute sobre o dever de atribuição de eficácia prospectiva, com base na proibição de retroatividade jurisprudencial. Por sua vez, “a exigência de calculabilidade destina-se a impor efeitos prospectivos, regras de transição ou cláusulas de equidade para temperar as conquistas do passado com as perspectivas do futuro” (ÁVILA, 2016, p. 159).

## 2 A MANIPULAÇÃO DA EFICÁCIA DE UMA DECISÃO NO TEMPO NAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

### 2.1 A MODULAÇÃO DE EFEITOS

O fenômeno da manipulação da eficácia no tempo de uma decisão implica a criação de uma forma diferenciada de levar a efeito o que restou decidido. A disposição sobre as consequências de certo ato, ao passado ou ao futuro, é bastante comum no cenário nacional, não se restringindo ao Poder Judiciário. O Poder Legislativo, ao estabelecer uma *vacatio legis* (a exemplo do Código de Processo Civil de 2015) ou criar uma regra interpretativa (v. g. o art. 3º da Lei Complementar nº 118/05), está manipulando no tempo os efeitos de seus atos. O Poder Executivo igualmente pode utilizar-se da técnica, como o fez ao editar a Medida Provisória nº 805/17, que postergou reajustes salariais de servidores. Pode-se dizer, assim, que há uma característica em comum que acompanha o fenômeno da manipulação da eficácia de um ato no tempo: aquele que decide – se dotado de competência e se existentes os respectivos pressupostos autorizadores – possui, em decorrência, o poder implícito de dizer como ou quando será levado a efeito o que restou decidido (JOBIM; SIMON, 2019, p. 87).

Na seara da jurisdição constitucional, a modulação temporal dos efeitos é um instrumento concebido para, excepcionalmente, conferindo-se sobrevivência jurídica temporária à lei ou ato normativo declarado inconstitucional (e, portanto, nulo)<sup>7</sup>, salvaguardar as alterações desencadeadas pela norma na realidade fática, desde que, o fazendo, esteja-se promovendo mais a ordem constitucional do que em caso de aplicação da regra da nulidade do ato normativo, com efeitos retroativos (JOBIM; SIMON, 2019, p. 87).

As drásticas consequências da sanção de nulidade relativas às relações jurídicas estabelecidas sob a égide da lei declarada posteriormente inconstitucional acabaram

<sup>7</sup> Como é cediço, Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito* contrapõe a doutrina da nulidade consolidada pela Suprema Corte norte-americana, destacando que uma norma integrante do direito positivo, editada regularmente, não pode ser considerada nula “desde o início”, mas apenas anulável e, via de regra, apenas com efeitos futuros. Desenvolveu-se, pois, a ideia de que quando o órgão anula a lei, o provimento jurisdicional da Corte possui natureza constitutiva (e não meramente declaratória), considerando-se o ato normativo como válido até a sua anulação. A decisão, por conseguinte, anula a lei, com eficácia retroativa ou não (KELSEN, 2009, p. 307). Partia-se do entendimento de que o Poder Legislativo era tão intérprete da Constituição quanto o Poder Judiciário, de modo que não se poderia, salvo em situações excepcionais, desprezar os efeitos do ato normativo, eis que necessário respeitar a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo (KELSEN, 2013, p. 305). A separação dos Poderes exigiria a parcimônia. Não foi esse o entendimento, porém, que encontrou guarida na tradição jurídica brasileira.

conduzindo as Cortes de vértice da jurisdição constitucional de diversos países, em atenção a determinados princípios constitucionais igualmente dignos de tutela, a procurar resguardar algumas dessas situações subjetivas (RAMOS, 2010, p. 297). Em nosso ordenamento, o instituto encontra-se positivado nas Leis nºs 9.868 e 9.882 de 1999, as quais, em seus artigos 27 e 11, respectivamente, preveem a viabilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos das decisões proferidas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, ou decidir que apenas tenham eficácia no futuro.

Entende-se que a prática da modulação apenas será compatível com a Constituição quando, no momento de sua aplicação, revelar-se o confronto entre ao menos duas normas constitucionais: a norma X, violada pela lei infraconstitucional, e a norma Y, a qual protege as situações que se formaram em consequência e durante a vigência da lei inconstitucional. Esse será, precisamente, o material a ser ponderado, e o resultado da equação apenas poderá pender para a modulação dos efeitos se, para melhor resolver o conflito e se aplicar a Constituição na sua máxima eficácia, dever-se priorizar a norma Y em face da norma X (ÁVILA, 2009, p. 67)<sup>8</sup>. Em suma, recomenda-se a utilização da técnica quando se perceber que, no caso concreto, a determinação do desfazimento das alterações promovidas pelo ato reputado inconstitucional promoverá menos a Constituição do que se modulando os seus efeitos para a proteção das situações passadas<sup>9</sup>.

Como bem pontua Humberto Ávila, tendo a modulação de efeitos o objetivo de restaurar a constitucionalidade, “somente se a declaração de nulidade não restaurar o estado de constitucionalidade é que o Supremo Tribunal Federal pode utilizar o mecanismo de modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade”, possuindo um caráter subsidiário (ÁVILA, 2016, p. 590). Trata-se de técnica decisória que deve ser utilizada em casos absolutamente excepcionais e de difícil repetitividade futura, sob pena, inclusive, de incentivo a posteriores violações à Constituição da República (2016, p. 586). Afinal, toda a modulação

<sup>8</sup> Conforme a autora, a supremacia da Constituição é um postulado normativo, o qual estruturará a aplicação dos valores envolvidos na discussão do caso *sub judice* (p. 66). Sobre a categoria dos postulados, entendidos como normas de segundo grau dirigidas ao intérprete e aplicador do Direito, ÁVILA, 2018, p. 163-226).

<sup>9</sup> O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, guiado pelo voto do Ministro Ayres Britto, já reconheceu que a modulação de efeitos deve ser aplicada quando a não salvaguarda da “segurança jurídica implica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta. Passando o sistema constitucional a experimentar desequilíbrio entre o que se perde e o que se ganha com a declaração mesma de inconstitucionalidade” (STF, Tribunal Pleno. Relator: Menezes Direito. Relator p/ Acórdão: Ayres Britto. Julgado no dia 17 de maio de 2012).

de efeitos na jurisdição constitucional envolve uma “contradição do Direito consigo mesmo: ao manter o que lhe é contrário, o Direito como que devora a si próprio, tal como uma cobra que engole a própria cauda” (2016, p. 583). Por tal razão, deve-se em cada caso levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal realizar-se um “sopesamento interno” da própria segurança jurídica, com o desiderato de averiguar “se a manutenção dos efeitos pretéritos de lei ou de ato inconstitucional não termina provocando ‘mais’ insegurança que segurança jurídica” (2016, p. 587-588).

Daí porque toda decisão que opte pela modulação de efeitos deverá obrigatoriamente indicar em que medida e quais direitos fundamentais a limitação de efeitos pretende tutelar – direitos fundamentais estes que se não forem preservados não permitiriam a restauração do estado de constitucionalidade almejado –, fundamentando-se que a técnica foi condição *sine qua non* para a conservação de tais direitos (NERY JUNIOR; ABOUD, 2019, *e-book*).

Aliás, por oportuno destaca-se que o critério “excepcional interesse social”, mencionado nas Leis nºs 9.868 e 9.882 de 1999, em seus artigos 27 e 11, respectivamente, para fins de justificação para a utilização da modulação de efeitos, não deve ser confundido como “interesse público”. A uma, porquanto, como visto, o que interessa é a máxima eficiência da Constituição para excepcionar-se a sanção de nulidade relativas às relações jurídicas estabelecidas sob a égide da lei declarada inconstitucional – e não o interesse desta ou daquela unidade da Federação. A duas, pois a noção *prima facie* de supremacia do interesse público sobre o interesse privado deve ser rejeitada. Isso porque os direitos fundamentais constituem a proteção do cidadão contra o Estado e contra a sociedade, não possuindo caráter meramente privado, mas são caracterizados pelo entrecruzamento de interesses públicos (diante da função social que cumprem) e individuais, sendo fundamental que se impeça a restrição aos direitos fundamentais com sustentáculo no interesse público (ABBOUD, 2018, *e-book*)<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Continua o autor, ao rechaçar a ideia de que o “interesse público” possa ser demonstrado a partir de premissas consequencialistas para justificar a modulação de efeitos, a sustentar que: “[...] a partir de premissas consequencialistas, dificilmente seria possível sustentar a proteção de direitos fundamentais do cidadão perante danos vultosos ao Poder Público, dado que, sempre que o Estado fosse condenado em valor relativamente elevado, poder-se-ia argumentar que essa cobrança contra o Estado acarretaria prejuízos aos cofres públicos que, por sua vez, são formados a partir do recolhimento de impostos da própria sociedade. Fato que, em última instância, culminaria em prejuízo para toda a sociedade. [...] Desse modo, se nos direitos fundamentais estão fundidos interesses públicos e interesses privados, disso retém-se que tão logo ocorra uma violação a um direito fundamental, invariavelmente também ficará prejudicado o interesse público. Consequentemente, a preponderância do segundo nunca pode ser feito à custa da diminuição de qualquer direito fundamental” (ABBOUD, 2018, *e-book*).

Nessa esteira, a aplicação da técnica deve fundar-se, necessariamente, em razões de segurança jurídica em benefício dos direitos individuais fundamentais, individualmente ou coletivamente considerados.

Deixa-se, claro, por conseguinte, que, embora comumente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, a técnica da modulação de efeitos não deve ser empregada em benefício dos entes estatais, uma vez que estes não são destinatários de direitos fundamentais; pelo contrário, são editores de tais normas<sup>11</sup>. Além disso, ao modular-se os efeitos para a concessão de eficácia prospectiva a uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, acaba-se por incentivar a edição de normas inconstitucionais. Afinal, a exemplo das leis tributárias, pode ser vantajoso economicamente para o ente que, despreocupado com eventual devolução dos valores aos contribuintes posteriormente, realiza indevidas exações.

Ocorre, porém, que em sendo função do Direito a orientação de condutas dos jurisdicionados, por óbvio que não são apenas os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional que guiam comportamentos sociais, mas também as provenientes do Superior Tribunal de Justiça e dos outros Tribunais Superiores – especialmente quando sublinhadas as suas funções de unificar a interpretação da lei e dar unidade ao direito federal (DERZI, 2009, p. 498). Daí a razão pela qual o Código de Processo de 2015, no § 4º do art. 927, expandiu o instituto da manipulação no tempo da eficácia das decisões judiciais e expressamente autorizou a sua utilização na jurisdição infraconstitucional, em casos de “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”<sup>12</sup>.

11 Com o mesmo entendimento, Ana Paula Ávila aduz que “questão interessante é responder se o Estado pode também invocar a segurança jurídica, nesse mesmo aspecto, para a manutenção de situação em que a lei inconstitucional tenha gerado em seu benefício. A resposta é não, taxativamente, não, por diversas razões. Primeiro, porque, se esse benefício se deu em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo já se concluiu pela prevalência desses em caso de conflito. Segundo, porque a segurança jurídica é, também, um direito fundamental do cidadão (art. 5º, caput) oponível ao Estado, e o Supremo Tribunal Federal, na esteira do pensamento constitucional germânico, tem confirmado o entendimento de que os direitos fundamentais aproveitam aos cidadãos e, não, ao Estado” (ÁVILA, 2009, p. 151).

12 Convém esclarecer que, embora o mencionado § 4º do artigo 927 do CPC não tenha feito referência aos precedentes firmados em repercussão geral e aos precedentes estabelecidos pelo STJ em casos “não repetitivos”, tal fato deve ser visto, conforme esclarece Marinoni, como mero esquecimento por parte do legislador, por duas razões. A uma, seria ilógico atribuir autoridade apenas a decisões relacionadas a casos repetitivos, olvidando-se da contínua função das Cortes Supremas de atribuição de sentido e de desenvolvimento do direito; a duas, a técnica de julgamento de recursos repetitivos nada tem a ver com precedentes (destinados a orientar a sociedade), resumindo-se a meio destinado

Trata-se, porém, de técnica com características diversas daquela destinada à jurisdição constitucional, como se passará a expor.

## 2.2 A CONCESSÃO DE EFICÁCIA PROSPECTIVA À SUPERÇÃO DE PRECEDENTES E DE JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADORA

Da leitura dos §§ 3º e 4º do artigo 927 do CPC, é possível concluir que o legislador retirou a exclusividade que os artigos 27 e 11 das Leis nºs 9.868 e 9.882, de 1999, um dia conferiram ao Supremo Tribunal Federal no que toca à técnica da manipulação da eficácia de decisões no tempo, permitindo-se, hodiernamente, que qualquer Tribunal a utilize. A manipulação no tempo da eficácia de decisões, portanto, não é mais própria do controle de constitucionalidade, mas prática ínsita à jurisdição como um todo (JOBIM; SIMON, 2019, p. 99). De todo modo, o fundamento último do instituto não decorre da autorização legislativa, mas do próprio texto constitucional e do reconhecimento do mito cognitivista e declaratório da jurisdição a partir da distinção entre texto e norma e da função adscritiva de sentidos dos julgadores.

A utilização de regras de direito intertemporal, no que se inclui a técnica da manipulação da eficácia de decisões no tempo, pode auxiliar na persecução dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, os quais compõem a noção de segurança jurídica, pois os cidadãos não devem ser guiados por um Direito retroativo. Ao mesmo tempo em que o Direito não pode ser estanque, pelo o que deve evoluir para não perder a sua conexão de realidade com a sociedade, é preciso ter muito cuidado com as mudanças de entendimento praticadas pelas Cortes, haja vista estarem em jogo direitos fundamentais extremamente sensíveis aos jurisdicionados que pautaram o seu comportamento com base no posicionamento predecessor, como a liberdade, a igualdade e a própria dignidade humana. Assim, o artigo 927 do CPC acertadamente não fez qualquer restrição à manipulação temporal em razão do conteúdo do entendimento novo, de modo que é prescindível o fato de ter havido ou não a declaração incidental de inconstitucionalidade na decisão.

O art. 927, § 4º, do CPC aponta para a preservação das situações jurídicas formadas durante a vigência do entendimento prestes a ser superado, atendendo ao comando da proteção

à facilitação de julgamento de casos massificados (MARINONI, 2016, p. 358). No mesmo sentido, MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 280.

da confiança e oportunizando a evolução do ordenamento jurídico, sem fomentar tratamento diferenciado para casos análogos e ocorridos na mesma dimensão temporal (MARINONI, 2011, p. 15-16). Não se perquire acerca da declaração de nulidade de um ato normativo, como na jurisdição constitucional, de modo que a concessão de eficácia prospectiva à superação de precedente ou alteração de jurisprudência vinculante não tem como tônica a máxima eficácia da Constituição. Em última análise, o que interessa é a proteção da confiança legítima e da igualdade de todos perante a ordem jurídica (MITIDIERO, 2018, p. 132).

Ainda assim, a doutrina, com importantes exceções<sup>13</sup>, não realiza as devidas distinções entre a técnica da modulação de efeitos na seara constitucional e a técnica de concessão de eficácia prospectiva à superação de precedente e de alteração de jurisprudência vinculante.

A alteração do precedente, para que tenha os seus efeitos manipulados no tempo, deve ter gerado surpresa nos jurisdicionados<sup>14</sup>, frustrando a legítima confiança nele depositada<sup>15</sup>. Isso se justifica a fim de evitar o “brutal absurdo de mandar alguém hoje fazer alguma coisa ontem” (FULLER, 1969, p. 59)<sup>16</sup>. Assim agindo, os tribunais atuarão proativamente e com atenção para o futuro, salvaguardando a confiança no passado e sem impedir – importante dizer – o adequado desenvolvimento do direito (MITIDIERO, 2018, p. 144).

Nesse cenário, exige-se dos operadores (pensadores) do Direito novas ferramentas para bem aplicar o ordenamento jurídico, com vistas a privilegiar a igualdade, a confiança e a liberdade, sendo o instituto do *prospective overruling* um importante utensílio para tal desiderato. Assim, nos casos em que configurada a alteração com vocação de retroatividade e

<sup>13</sup> Por todos, MARINONI, 2016, p. 361-362, MITIDIERO, 2017, p. 149, MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 280.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, MANCUSO, 2016, p. 595-596: “a citada modulação temporal, no caso de alteração de jurisprudência, mormente aquela até então assentada na Corte, conecta-se ao contemporâneo princípio da não surpresa, aderente ao sentido substancial do devido processo legal”.

<sup>15</sup> Segundo Bustamante, a concessão de eficácia prospectiva à superação de precedente é indispensável para resguardar situações jurídicas consolidadas sob a égide do precedente revogado, no intuito de viabilizar a evolução do direito “sem pagar o preço de causar modificações traumáticas no ordenamento jurídico e frustrar, de forma iníqua, expectativas legítimas” geradas pela conduta da Corte no passado (BUSTAMANTE, 2012, p. 421).

<sup>16</sup> No original, “It is the retroactive criminal statute that calls most directly to mind the brutal absurdity of commanding a man today to do something yesterday”. Daí a criação de técnicas até mesmo preventivas, destinadas a atuar em momento anterior à mudança jurisprudencial em si. Trata-se, segundo Antonio do Passo Cabral, de um anúncio público sobre a possível futura revisão do entendimento, também chamado de decisão ou julgamento-alerta. Esta técnica visa preparar os particulares, para que não mais pautem as suas condutas com base no precedente então vigente, pois existe uma “dúvida” da correção do entendimento aplicado até aquele momento (CABRAL, 2013, p. 33-37).

surpreendente do precedente, “a estabilidade e a confiabilidade da ordem jurídica dependem da outorga de eficácia prospectiva à mudança”, no intuito de proteger a parte contra a situação inesperada, “bem como todas aquelas pessoas que se encontram em situação idêntica ou semelhante e que, até o momento da sua publicação, tenham atuado judicialmente para defesa de seus direitos com base no precedente superado” (MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 282).

Parece óbvio dizer que para que um indivíduo possa, com autonomia, conceber a sua vida e livremente determinar-lhe o seu curso é preciso que conheça as regras que a regulam e as consequências que a prática dos fatos nelas previstos produzirá. Daí dizer que não basta apenas conhecer o Direito, mas compreendê-lo. Para tanto, este deve ser claro, minimamente determinado e estável. Assim, um Direito que é constantemente alterado, em suas previsões ou em suas consequências, revela-se incompreensível e inacessível a seus destinatários (ÁVILA, 2019, p. 14-15), violando o princípio da “não surpresa” (ALVIM, *et. al.*, 2017, p. 1085).

Em suma, podemos dizer que são condições essenciais para a promoção de uma vida digna e livre aos cidadãos que o Direito seja conhecido, compreendido, estável, não contraditório, igualitário e prospectivo. Deve-se permitir ao indivíduo plena capacidade de viver o presente e projetar o futuro com liberdade. Isto é, exige-se que o jurisdicionado seja tratado como um sujeito de direitos com um fim em si mesmo, e não como mero objeto, submetido coercitivamente a consequências com as quais não esperava (ÁVILA, 2019, p. 19).

Em razão disso, a modulação temporal dos efeitos das decisões que promovem o *overruling* mostra-se, em muitos casos, indispensável para resguardar situações jurídicas consolidadas sob a égide do precedente revogado, no intuito de viabilizar a evolução do direito “sem pagar o preço de causar modificações traumáticas no ordenamento jurídico e frustrar, de forma iníqua, expectativas legítimas” geradas pela conduta da Corte no passado (BUSTAMANTE, 2012, p. 421).

O respeito aos deveres instituídos pelo artigo 926 do CPC – uniformidade, estabilidade, integridade e coerência – está, portanto, relacionado ao direito fundamental à liberdade. Afinal, a todos os indivíduos deve ser propiciada a possibilidade de moldar o seu presente e, com autonomia e independência, sem injustificada surpresa, planejar o seu futuro. É imprescindível que os jurisdicionados estejam conscientes e bem-informados a respeito das alternativas de ação de que dispõem e que possam determinar minimamente quais as consequências cada uma delas futuramente desencadeará, ou seja, de forma livre e racional

autodeterminar-se dentro dos limites do Direito. Sem isso, liberdade não há (ÁVILA, 2019, p. 8, 12-13).

Desse modo, havendo atuação da parte em conformidade com o precedente ou com a jurisprudência dominante à época, a sua alteração não pode atingi-la retroativamente, obrigando-a a observar uma norma contrária àquela existente no momento da sua atuação. Depois que o indivíduo agiu, confiando no conteúdo, na validade, na eficácia e na interpretação dada pelo Poder Judiciário e já não pode voltar atrás, não pode esse mesmo indivíduo ser prejudicado pela posterior alteração da interpretação dos mesmos dispositivos. Nesses casos, termina o cidadão por ser tratado como mero objeto ou instrumento, não como um sujeito capaz de moldar a sua vida com autonomia, porquanto obrigado a suportar uma consequência diversa daquela que aceitou ou pela qual esperava (ÁVILA, 2019, p. 12), contrariando qualquer noção de dignidade da pessoa humana.

Feitas essas considerações, acredita-se que restaram evidenciadas as fundamentais diferenças entre as técnicas da modulação de efeitos no âmbito do controle de constitucionalidade e da concessão de eficácia prospectiva à superação de precedentes e à alteração de jurisprudência uniformizadora, pelo o que se afigura demasiada importante a tentativa de estabelecer critérios para adequadamente distingui-las, no intuito de corroborar com a qualidade das decisões que optarem pela utilização dos institutos e, por conseguinte, com a própria administração da Justiça Civil.

### 2.3 SUGESTÃO DE CRITÉRIOS PARA A DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS TÉCNICAS

Para o leitor bem compreender os critérios elencados abaixo, esclarece-se que partilhamos do entendimento de que apenas as Cortes Supremas, via de regra, podem realizar a manipulação da eficácia de suas decisões no tempo. Isso porque no ordenamento jurídico brasileiro o Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso III, da CRFB) e o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inciso III, da CRFB) detêm a competência de proferir a última palavra acerca do significado do Direito constitucional e da legislação federal, respectivamente, cabendo a estas cortes de vértice a promoção da unidade do Direito mediante a sua adequada interpretação e através da formação de precedentes. Às Cortes de Justiça autoriza-se, de modo excepcional, a alteração com eficácia prospectiva de sua jurisprudência uniformizadora, isto é, decorrente de incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência, ou de superação

de precedente que diz respeito à legislação estadual, eis que nesse caso recai sobre os Tribunais de Justiça a competência para ditar o significado do Direito.

Dito isso, confia-se que, efetivamente, há distinções fundamentais entre a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade e na alteração com eficácia prospectiva de jurisprudência uniformizadora e de precedentes. Não obstante ambas serem técnicas em que o Poder Judiciário manipula, no tempo, os efeitos decorrentes das suas decisões, acredita-se ser possível diferenciá-las através de três critérios: funcional, material e teleológico.

Ao passo que a modulação de efeitos está ligada à jurisdição constitucional, sendo, pois, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a alteração com eficácia prospectiva de jurisprudência uniformizadora e de precedentes é um instrumento disponível à Corte que os tenha proferido, seja ela Suprema ou de Justiça. Ou seja, a viabilidade de adoção de uma ou outra técnica depende da função que a Corte exerce (critério funcional).

Por sua vez, a modulação de efeitos pressupõe a declaração de inconstitucionalidade, em controle abstrato, de lei ou ato normativo. Em contrapartida, a alteração com eficácia prospectiva de jurisprudência uniformizadora e de precedentes não encontra semelhante limitação, ficando em segundo plano o tema enfrentado. Assim, nota-se que o conteúdo da decisão importa para a diferenciação em análise (critério material).

Por fim, enquanto a modulação de efeitos tem sua tônica relacionada à máxima eficiência da Constituição para excepcionar-se a sanção de nulidade relativas às relações jurídicas estabelecidas sob a égide da lei declarada inconstitucional, a alteração com eficácia prospectiva de jurisprudência uniformizadora e de precedentes tem relação com a tutela da legítima confiança e da preservação da igualdade perante o Direito (critério teleológico).

Em que pese exista ainda parcela da doutrina que não concorde com o ponto de vista acima exposto e não realize a distinção entre as técnicas da modulação de efeitos da jurisdição constitucional e da concessão de eficácia prospectiva à superação de precedentes e de jurisprudência uniformizadora<sup>17</sup>, temos convicção de que, na esteira do entendimento de

<sup>17</sup> Compreendendo que o “fundamento último” de ambas as hipóteses é a proteção da confiança, ALVIM, 2019, p. 61. Entendendo a segurança jurídica como sendo a tônica para a utilização de ambas as técnicas, embora reconhecendo que esta atua de modo diferente em cada caso, PEIXOTO, 2018, p. 293-294. Justificando que apenas a segurança jurídica constitui requisito para a concessão de eficácia prospectiva à superação de precedentes e à alteração de jurisprudência uniformizadora, CRAMER, 2016, p. 155. Concebendo haver uma forte aproximação entre as técnicas a ponto de praticamente equipará-las, CAMILOTTI, 2018, p. 122-124

MITIDIERO (2017, p. 149), trata-se de problemas rigorosamente distintos, os quais obedecem a pressupostos de aplicação distintos e, portanto, exigem soluções igualmente distintas.

Destarte, a manipulação no tempo da eficácia de uma decisão pelo Poder Judiciário deve ser encarada como um gênero, do qual são espécies a modulação de efeitos e a alteração com eficácia prospectiva de jurisprudência uniformizadora e de precedentes, as quais não devem mais ser confundidas.

## CONCLUSÃO

Ante as considerações acima elencadas, conclui-se que não se pode mais baralhar as técnicas da modulação de efeitos e da concessão de eficácia prospectiva à superação de precedentes e de jurisprudência uniformizadora, ainda que ambas pressuponham a manipulação no tempo da eficácia de uma decisão pelo Poder Judiciário.

Os critérios aqui sugeridos – funcional, material e teleológico – servem, antes de mais nada, para corroborar com a acentuação da distinção entre as técnicas ora defendida, no intuito de buscar esclarecer qual, quando e de que forma cada uma deve ser utilizada. Em última análise, almeja-se contribuir para uma melhor prestação do serviço jurisdicional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*.

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e Processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALVIM, Angélica Arruda; *et. al.* (Coords). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1085.

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

\_\_\_\_\_. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR, Fredie; *et. al.* (orgs.). **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme e

constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. (2003). 18ª ed. Malheiros: 2018.

\_\_\_\_\_. **Teoria da segurança jurídica** (2011). 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo – REPRO**. Ano 28, nº 221, jul./2013.

CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes judiciais em matéria tributária no STF**: pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing). São Paulo: Noeses, 2018.

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

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2ª ed. São Paulo: Manole, 2009.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind** (1930). New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. Revised Edition. New Haven: Yale University Press, 1969.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JOBIM, Marco Felix; SIMON, Pedro Fülber. O instituto da modulação de efeitos e as alterações oriundas do Código de Processo Civil de 2015. **Revista Interesse Público**, Ano 21, nº 118, p. 81-107, nov./dez. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (1934). 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional** (1920). 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes** – natureza, eficácia, operacionalidade. 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** (2010). 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC (2014). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília ano 48, nº 190, abr./jun. 2011.

\_\_\_\_\_; MITIDIÉRO, Daniel. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**: do jus litigatoris ao jus constitutionis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIÉRO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente (2013). 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **Precedentes**: da persuasão à vinculação (2015). 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*.

PECZENICK, Aleksander; BERGHOLZ, Gunnar. Statutory interpretation in Sweden. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes**: A comparative study. Dartmouth: Ashgate, 1991.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica** (2015). 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo, Saraiva: 2010.

TARELLO, Giovanni. **L'Interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 1980.

TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo** – Saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991.