

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

GABRIEL D'ANDREA

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE REVOGA PRECEDENTE
JUDICIAL**

PORTO ALEGRE
2016

GABRIEL D'ANDREA

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE REVOGA PRECEDENTE
JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos.

PORTO ALEGRE
2016

GABRIEL D'ANDREA

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE REVOGA PRECEDENTE
JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 14 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos
Orientador

Professor Doutor Eduardo Kochenborger Scarparo

Professor Doutor Adriano Enivaldo de Oliveira

RESUMO

O presente trabalho pretende explorar alguns aspectos relativos à técnica de modulação de efeitos introduzida pelo novo Código de Processo Civil nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores. Serão analisados pontos como as decisões sujeitas à modulação, os fundamentos para o uso da técnica, os requisitos que devem ser observados para a sua aplicação, bem como algumas questões procedimentais e, por fim, as implicações dos efeitos possíveis, sejam retroativos ou prospectivos.

Palavras-chaves: Modulação. Precedente. Superação. Efeitos Retroativos. Efeitos Prospectivos.

ABSTRACT

The present paper intends to explore some aspects relative to the technique of temporal modulation introduced by the new Code of Civil Procedure when Supreme Court or Superior Courts decisions mean a precedent's overruling. There will be analysed points as the decisions subject to the modulation, the fundamentals that authorize the use of the technique, the requirements that must be observed to its application as well some procedural questions and by the end implications of the possible effects whether retroactives or prospectives.

Keywords: Modulation. Precedent. Overruling. Retroactive Effects. Prospective Effects.

SIGLAS E ABREVIATURAS

§ – Parágrafo

§§ - Parágrafos

Art. – Artigo

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil (lei nº 5.869/1973)

EDiv. - Embargos de Divergência

IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados

Min. - Ministro(a)

NCPC – Novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015)

P. – Página

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

RT - Revista dos Tribunais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PARTE I - MODULAÇÃO: APLICAÇÃO, OBJETIVO E FUNDAMENTOS	
1 DECISÕES SUJEITAS À MODULAÇÃO CONFORME O NCPC	12
2 OBJETIVO DA MODULAÇÃO	17
3 FUNDAMENTOS	21
3.1 Princípio da irretroatividade das leis (normas)	21
3.2 Segurança jurídica	25
3.3 Tutela da boa-fé objetiva	28
3.4 Proteção da confiança legítima	31
PARTE II - MODULAÇÃO: REQUISITOS, ASPECTOS PROCESSUAIS E EFEITOS	
4 REQUISITOS PARA A MODULAÇÃO	35
4.1 Alteração jurisprudencial	35
4.2 Modificação na linha jurisprudencial	38
4.3 Legitimidade do precedente revogado	43
5 ASPECTOS PROCESSUAIS	46
5.1 Legitimidade processual e modulação a favor de entes públicos	46
5.2 Forma e momento de alegação da modulação	48
5.3 Necessidade de contraditório	50
5.4 Quorum	52
6 MODALIDADES DE EFEITOS	55
6.1 Efeitos retroativos	55
6.1.1 Retroatividade e desconstituição da coisa julgada	56
6.2 Efeitos prospectivos	59
6.2.1 Prospectividade como regra a partir do NCPC?	60
6.2.2 Efeitos prospectivos e suas variantes	61
6.2.3 Signaling	64
CONCLUSÃO	67
BIBLIOGRAFIA	70

INTRODUÇÃO

Por muito tempo, prevaleceu, no Brasil, um dogma quase que intocável de que a eficácia atribuída ao julgamento de inconstitucionalidade de um texto normativo seria *ex tunc*, tendo em vista que o texto constitucional trata as decisões de constitucionalidade como declaratórias, o que levaria à conclusão de que não se poderia admitir que uma lei posteriormente declarada nula pudesse produzir quaisquer efeitos.¹

Paralelamente, aplicava-se o mesmo raciocínio às hipóteses em que houvesse a superação de um precedente, razão pela qual a questão da modulação de efeitos nunca foi um tema a despertar grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Como percebeu Peixoto (2016, p. 227), "o tema da retroatividade ou não da superação de precedentes foi um 'não tema' por muito tempo."²

Contudo, a partir da edição de textos normativos tratando da possibilidade de modulação nos casos de declaração de inconstitucionalidade, mais especificamente os artigos 27 da Lei n.º 9.868, de 1999³ e 11 da Lei n.º 9.882, de 1999⁴, começou a se discutir se seria possível se utilizar da técnica da modulação de efeitos também quando houvesse mudança no entendimento jurisprudencial.

Exemplo emblemático disso foi o julgamento realizado pela 1ª Seção do STJ nos EDiv no REsp 738.689, quando se discutiu acerca do reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI. Na hipótese, o Min. Hermann Benjamin prôpos que fossem modulados os efeitos da decisão, nos termos do art.

¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 220-222.

² *ibidem*, p. 227.

³ 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.

⁴ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição 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.

27 da Lei 9.868/1999, pois entendeu estar diante de uma "profunda mudança de orientação jurisprudencial sobre o tema"⁵ e que seria missão do STJ "buscar mecanismos de mitigação dos prejuízos que a alteração abrupta de entendimento venha a causar."⁶

Em seu voto, explicou que a proposta de modulação não se tratava de uma aplicação por analogia das normas relacionadas à declaração de inconstitucionalidade aos julgamentos do STJ, mas sim, da apropriação do fundamento jurídico que havia dado ensejo às suas produções, qual seja: o princípio da segurança jurídica.

Assim, concluiu o Ministro que

também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica.⁷

Todavia, na ocasião, a maioria dos membros da 1ª Seção aderiu à posição do Min. Teori Zavascki que rejeitou a modulação por entendê-la cabível apenas às decisões do STF que digam respeito a normas declaradas inconstitucionais. Além disso, o Ministro manifestou preocupação com o alcance da medida que, ao seu ver, tratava-se "nada mais nada menos, do que a prorrogação de vigência de preceitos normativos reconhecidamente revogados."⁸

Essa decisão recebeu críticas pela doutrina, dentre as quais vale citar as tecidas por Marinoni (2011, p. 263) ao afirmar ter o STJ na ocasião perdido "grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um Tribunal incumbido de dar unidade ao direito federal"⁹, pois a modulação dos efeitos das decisões "certamente

⁵ STJ, EDiv no REsp 738.689, 1ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.10.2007

⁶ idem.

⁷ idem.

⁸ idem.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Vol. 906, p. 255-284, abr. 2011, p. 263.

não pode servir apenas às decisões de inconstitucionalidade"¹⁰, já que a limitação de efeitos atribuída a essas é apenas "um dos aspectos que se insere na questão relativa à tutela da segurança diante das decisões judiciais."¹¹

É nesse cenário, portanto, que ganha especial relevância o tratamento dispensado pelo novo Código de Processo Civil ao tema da modulação de efeitos, ao dispor em seu art. 927, § 3º que

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.

Essa previsão legal, além de afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade jurídica da realização da modulação, demonstra, conforme observam Wambier e Wambier (2016, p. 489), a consciência, por parte do legislador, "de que as decisões judiciais realmente criam normas jurídicas, que orientam a conduta das pessoas."¹² Ocorre que, conquanto se tenha resolvido o problema quanto à possibilidade jurídica de realização da modulação, não é muito difícil presumir que novos problemas surgirão, sobretudo à medida em que a técnica começa a ser efetivamente utilizada pelos Tribunais.

A fim de justificar o estudo da temática da modulação nas hipóteses de alteração jurisprudencial, apresenta-se o seguinte exemplo extraído de um caso concreto e as questões que dele podem ser suscitadas: durante todo o período de vigência do Código Civil de 1916 e por mais de doze anos de vigência do Código Civil de 2002, havia um entendimento consolidado no STJ de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens não poderia ostentar a condição de herdeiro necessário, concorrendo, portanto, com os descendentes, sob pena de violação ao regime de bens pactuado.¹³ Recentemente,

¹⁰ *idem.*

¹¹ *idem.*

¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 489.

¹³ Nesse sentido, ver os seguintes julgados: REsp 992.749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010; REsp 1111095/RJ, Rel.

porém, o STJ alterou a sua orientação, admitindo que o cônjuge sobrevivente, casado sob qualquer regime de bens, possa ser considerado herdeiro necessário¹⁴.

Observe-se que o Ministro Marco Buzzi, ao julgar, em 03 de fevereiro de 2015, o Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 23.242/RS, afirmou que "a terceira e a quarta turmas do STJ já decidiram que o cônjuge sobrevivente, quando casado pelo regime da separação convencional de bens, não pode ser considerado herdeiro necessário do cônjuge falecido." Enquanto que o Ministro Antônio Carlos Ferreira, ao julgar o Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 1.472.945/RJ, em 29 de junho de 2015 - menos de seis meses depois da decisão anterior, portanto -, destacou que a atual jurisprudência do STJ estava "sedimentada no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido."¹⁵

Daí, pergunta-se: os efeitos dessa decisão devem ser modulados?

A resposta depende da solução de outras questões adjacentes, tais quais: pode-se considerar essa uma alteração de jurisprudência consolidada apta a ensejar a modulação de efeitos? Se sim, por quais fundamentos? Como dever ser regulados esses efeitos? Quais situações devem ser atingidas pelo novo entendimento? Aquelas decisões julgadas com base no entendimento anterior podem ser revistas?

Objetiva-se, portanto, no presente trabalho, responder a essas questões, ou, pelo menos, a encontrar as posições doutrinárias sobre elas, valendo-se, para tanto, do método de revisão bibliográfica e de julgados sobre o tema. Parte-se da

Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 11/02/2010; AgRg na MC 23.242/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 19/02/2015.

¹⁴ Nesse sentido, ver os seguintes julgados: REsp 1472945/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 19/11/2014; REsp 1430763/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/12/2014; REsp 1346324/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 02/12/2014; AgRg no REsp 1334340/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 08/10/2015.

¹⁵ AgRg nos EREsp 1472945/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/06/2015, DJe 29/06/2015.

hipótese de que apenas a autorização conferida pelo código para a realização da modulação é insuficiente para resguardar os valores que a sustentam, sobretudo, o da segurança jurídica.

Para esse fim, o presente trabalho será dividido em duas partes: a primeira, será destinada a compreender o alcance e objetivo da modulação, bem como os fundamentos que a autorizam, enquanto que na segunda se falará um pouco a respeito dos requisitos que devem ser observados para a sua aplicação, de alguns aspectos processuais considerados relevantes na sua utilização e, por fim, das implicações possíveis decorrentes das atribuições de efeitos retroativos ou prospectivos.

PARTE I - MODULAÇÃO: APLICAÇÃO, OBJETIVO E FUNDAMENTOS

1 DECISÕES SUJEITAS À MODULAÇÃO CONFORME O NCPC

Uma das primeiras questões que deve ser resolvida a respeito do tema da modulação dos efeitos é a que se refere ao seu âmbito de incidência, isto é, devem ser identificadas quais são as decisões que, segundo o NCPC, podem ter os seus efeitos modulados.

O art. 927, § 3º do NCPC elenca as hipóteses em que a modulação pode ser feita, são elas: as decisões que alteram jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores e aquelas proferidas em sede de julgamento de casos repetitivos. Dado a vagueza do termo utilizado pelo Código, que não especifica quais decisões compõem o que chama de jurisprudência dominante, se buscará, neste tópico, trazer o entendimento doutrinário acerca do tema.

Para isso, será feita uma breve exposição acerca das normas que são formuladas em cada decisão judicial, a relação dessas com aquilo que costumeiramente se chama de precedente judicial e o modo como esse pode vir a se tornar uma jurisprudência de um tribunal para, no fim, estabelecer quando essa jurisprudência pode ser qualificada como dominante.

Quando uma decisão judicial é proferida, pode-se dizer que o magistrado cria, ou reconstrói, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, decorre da interpretação dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao direito positivo; enquanto a segunda, de caráter individual, destina-se a regular o caso concreto em análise.¹⁶

Quanto a essa primeira norma, diz-se geral porque expressa uma tese jurídica que pode ser aplicada a outras situações concretas que se assemelham

¹⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivum, 2015, p. 442.

àquela em que foi originalmente construída. A essa tese jurídica a doutrina costuma atribuir a denominação de *ratio decidendi*.¹⁷

A *ratio decidendi* constitui, segundo Mitidiero (2012, p. 71), "uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz."¹⁸ Necessários, porque sem eles não é possível chegar à solução da questão; e, suficientes, pois, por si só, bastam para a solução da questão.¹⁹

Desta forma, pode-se dizer que essa norma geral construída pelo órgão jurisdicional a partir de um caso concreto e que pode, por indução, servir como diretriz para a solução de casos semelhantes, constitui a essência de um precedente, o qual, no seu sentido estrito, pode ser definido com sendo a própria *ratio decidendi*.²⁰

Muito embora seja comum encontrar na doutrina e até mesmo em decisões judiciais, a referência a precedente e jurisprudência como se sinônimos fossem, tratam-se de termos que, embora correlacionem-se, não possuem o mesmo significado.

O precedente, como visto, faz referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que a jurisprudência, por outro lado, corresponde a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.²¹ Isto é, a jurisprudência forma-se a partir de um conjunto uniforme e constante das decisões judiciais.²² O seu papel para o Direito é extremamente relevante pois, como explica Zaneti Jr. (2014, p. 297), trata-se de um "indicativo da linha de entendimento

¹⁷ *ibidem*, p. 443.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente - Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 206, p. 61-78, abr. 2012, pp. 71-72.

¹⁹ *idem*.

²⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.* p. 442 *et seq.*

²¹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 415, p. 277-290, jan/jun. 2012, p. 279.

²² MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 403.

adotada pelos tribunais."²³

Contudo, inobstante as diferenças até aqui apontadas, o que se pretende de fato ressaltar é a relação de transformação potencial que pode levar um precedente a se tornar jurisprudência. Sob esse aspecto, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 487) ponderam que "um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência" e, caso essa venha a predominar no tribunal "pode dar ensejo à edição de um enunciado de súmula da jurisprudência deste tribunal."²⁴

Com isso, compreende-se que uma decisão exarada em um caso concreto pode fornecer um precedente que, se reiteradamente aplicado, pode se transformar em jurisprudência. Mas não se pode esquecer que a menção feita pelo art. 927, § 3º, do NCPC possibilitando a modulação dos efeitos em caso de alteração de entendimento não é a qualquer jurisprudência, mas sim, a uma jurisprudência que seja dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais superiores. Isso leva a seguinte pergunta: o que se deve entender por jurisprudência dominante?

Nunes e Oliveira Jr. entendem que, sob a égide do NCPC, o termo jurisprudência dominante deve ser interpretado "em conformidade com o sistema de precedentes nele previsto e com a própria Constituição", o que os leva a concluir que "consiste naquelas decisões proferidas nos casos dispostos nos incisos I a V do art. 927 e, em algumas hipóteses, respeitado o requisito das 'reiteradas decisões sobre a matéria' (art. 103 A, CF/88)."²⁵

Mitidiero (2015, p. 336) ressalta que, conquanto o NCPC imagine que "os precedentes são oriundos apenas de súmulas (art. 927, II e IV), recursos repetitivos, assunção de competência (art. 927, III) e orientações de plenário ou órgão especial

²³ ZANETI JR., Hermes. Precedente (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 235, p. 293-349, set. 2014, p. 297.

²⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.* p. 487.

²⁵ NUNES, Dierle. OLIVEIRA JR., Délio Mota de. Jurisprudência Dominante no Novo Código de Processo Civil? **Empóriodireito**. 2015. Disponível em: <<http://emporiodireito.com.br/jurisprudencia-dominante-no-novo-codigo-de-processo-civil-por-dierle-nunes-e-delio-mota-de-oliveira-junior-2/>>. Acesso em 16 ago. 2016.

(art. 927, I e V)"²⁶ eles não podem ser encarados apenas pelos seus aspectos formais e quantitativos, mas, sobretudo, pelos seus aspectos materiais e qualitativos, o que faz com que um precedente só possa ser visto como tal se contiver razões determinantes e suficientes claramente identificáveis e extraíveis interpretativamente da justificação dos acórdãos que lhes dão origem, mesmo que não oriundo da forma indicada pelo novo Código. Daí porque conclui que os arts. 926 e 927 fornecem apenas pistas a respeito de como os precedentes devem ser tratados na ordem jurídica brasileira.²⁷

Mas então, quais seriam as decisões sujeitas à modulação? Derzi (2010, p. 280) apresenta uma visão um pouco mais restritiva ao falar que jurisprudência consolidada, fixa ou precedente, será qualquer decisão firmada pelo STF, tomada em caráter definitivo pelo Plenário, que dê resposta a uma questão jurídica geral, traduzindo-se em uma "verdadeira norma judicial."²⁸

É possível ainda questionar se apenas as decisões do STF e dos tribunais superiores podem ter seus efeitos modulados. Santiago e Chaves (2016, p. 451), por exemplo, entendem que limitar a modulação somente ao STF e aos tribunais superiores, no cenário de um Poder Judiciário com mais de 90 tribunais, não atende aos postulados constitucionais compatíveis com o Estado Democrático de Direito, em que se "deve preservar a confiança, a estabilidade e a segurança jurídica."²⁹ Daí porque defendem que o rol de tribunais indicado no § 3.º do art. 927 do NCPC (STF e tribunais superiores)

deve ser considerado como meramente ilustrativo, já que não pode ser interpretado em *numeros clausus*, sob pena de excluir dezenas de tribunais da obrigação de proteger a sociedade dos deletérios efeitos de uma mudança retroativa da jurisprudência dominante, sumulada ou não, desses tribunais.

²⁶ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 245, p. 333-349, Jul. 2015, p. 336.

²⁷ idem.

²⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário e o princípio da irretroatividade. **Revista Tributária das Américas**. São Paulo, vol. 2, p. 267-288, jul. 2010, p. 280.

²⁹ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3.º, do NCPC. **Revista de processo**. São Paulo, vol. 259, p. 437-468, set. 2016, p. 451.

A verdade é que ainda é cedo para se tentar definir com precisão quais são as decisões sujeitas à modulação - o que se evidencia pelas posições doutrinárias ante expostas - o que faz creer que a resposta definitiva será dada somente quando o STF e os tribunais superiores indicados no aludido dispositivo legal manifestarem-se sobre o assunto. De todo modo, como se verá mais adiante quando se falar dos requisitos para a modulação, serão consideradas, neste trabalho, apenas as decisões oriundas do STF e dos tribunais superiores, tal como disposto no NCPC.

Outra consideração importante que deve ser feita aqui é de ordem terminológica. Muito embora se tenha feito uma breve exposição quanto às diferenças entre jurisprudência e precedente, é comum encontrar alguns textos que, ao comentar sobre a modulação, não fazem essa distinção.³⁰ Logo, daqui por diante, termos como *jurisprudência* dominante, *entendimento consolidado*, *jurisprudência majoritária* e, *precedentes* serão considerados como representativos de decisões sujeitas à modulação.

³⁰ Isso se faz necessário porque, embora o NCPC fale apenas em jurisprudência dominante, há autores que utilizam o termo precedente ao falar da modulação de efeitos. Como exemplo, pode-se citar nesse sentido: (PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016); (MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Vol. 906, p. 255-284, abr. 2011); (ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012); (MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 245, p. 333-349, jul. 2015); e (ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC**. In: ADONIAS, Antônio (Coord); DIDIER JR., Fredie (Coord). *Projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Bahia: JusPodvm, 2012.)

2 OBJETIVO DA MODULAÇÃO

A regra a respeito das decisões judiciais é a de que elas tenham eficácia retroativa. Isso se dá, primeiro, porque os juízes, ao julgar um caso, aplicam um direito previamente existente e, segundo, porque elas costumam ter um caráter de comando concreto que visa a uma reconstrução fático-normativa daquilo que aconteceu no passado, ou seja, não dizem respeito a fatos que estão ainda por acontecer.³¹

Desse modo, produzir efeitos para o passado significa que a decisão não modifica o direito ou as relações jurídicas, mas que "apenas reconhece ou declara as relações jurídicas ocorridas, importando assim a geração de efeitos desde o momento em que tais relações se consolidaram."³²

Fala-se, então, que as decisões judiciais possuem uma eficácia declaratória quanto aos seus efeitos no final do processo, posto que elas "vertem sobre e alcançam os fatos narrados na petição inicial e, portanto, ocorridos antes da prolação da sentença."³³

Isso afasta qualquer problema de cognoscibilidade ou calculabilidade do Direito pelas partes que sabem da existência da norma e conseguem calcular o seu conteúdo e a sua eficácia, o que faz com que a eficácia declaratória da decisão seja neutra no que concerne à retroatividade, uma vez que guarda uma relação necessária com o passado.³⁴

Entretanto, essa retroatividade diz respeito a uma das normas produzidas pela decisão judicial, qual seja, àquela destinada a resolver o caso concreto que coloca fim ao litígio entre as partes. Porém, como visto anteriormente, existe uma outra norma oriunda da decisão que, conforme o seu desenvolvimento, pode se

³¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 330.

³² FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2.^a ed. Barueri - São Paulo: Manole: Minha Editora, 2009, p. 03.

³³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: editora MALHEIROS, 2011, p. 475.

³⁴ idem.

transformar em jurisprudência, e é acerca dessa que o tema da modulação dos efeitos ganha especial importância.

Isso porque há

casos em que o cidadão atua com base em decisão judicial, cuja eficácia se restringe a uma terceira pessoa ou a uma coletividade, que, posteriormente, é alterada por nova orientação que tem efeitos retroativos. Nessa situação específica, o particular atua com base em uma decisão judicial que entende também aplicável ao seu caso, mas tem comportamento valorado por outra que desconhecia no momento da sua ação. Somente nesse sentido estrito é que se pode falar em 'retroatividade da jurisprudência'³⁵

Sob esse prisma, entende-se que as decisões dos tribunais superiores transcendem à situação individual de que originam, de modo que os fundamentos utilizados para decidir o caso concreto poderão ser aplicados àqueles que lhe forem posteriores e versarem sobre a mesma matéria.³⁶ Isso decorre do fato de que a *ratio decidendi* dessas decisões passa a influenciar uma gama incontável de outras situações jurídicas subjetivas, transformando-se em norma viva.³⁷

Quando essas decisões formam uma jurisprudência regular, isto é, passam a ser aplicadas reiteradamente, elas passam a gozar de uma certa presunção de acerto, servindo como base de orientação dos jurisdicionados, que tenderão a atuar e formular os seus negócios jurídicos com base no que nelas esteja previsto.³⁸

O motivo pelo qual isso ocorre tem a ver com a função desempenhada, especialmente pelo STF e STJ, no ordenamento jurídico, já que, conforme aponta Mitidiero (2015, p. 335), particularmente no caso do direito brasileiro, são essas Cortes as responsáveis pela formação de precedentes.³⁹ Isso porque compete a

³⁵ ibidem, p. 477.

³⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2.^a ed. Barueri - São Paulo: Manole: Minha Editora, 2009, p. 79.

³⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2.^a ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 237.

³⁸ ROSITO, Francisco. *Op. Cit.*, pp. 338-339.

³⁹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 245, p. 333-349, jul. 2015, p. 335.

elas "interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país." ⁴⁰ De modo que um caso concreto nada mais é do que "um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito."⁴¹

Logo, a alteração de um precedente por outro, no qual a nova norma - fruto da interpretação dada ao texto constitucional ou legal - opere com efeitos retroativos, pode ocasionar graves prejuízos àquelas situações jurídicas que foram constituídas com base no entendimento que foi modificado, tenham elas resultado em um conflito judicial ou não.⁴²

Nessas hipóteses, a adoção da modulação dos efeitos das decisões, "busca resolver o conflito entre a exigência de inovar para fazer justiça ao caso concreto e a responsabilidade do julgador em preservar situações jurídicas pretéritas, a fim de atender à segurança jurídica."⁴³

Logo, pode-se dizer que a modulação de efeitos de decisões judiciais é uma técnica que pode ser adotada pelos tribunais com o objetivo de evitar que a superveniência de uma nova interpretação dada ao direito constitucional, no caso do STF, ou ao direito infraconstitucional, no caso do STJ, tenha efeitos retroativos, de modo que a situações já consolidadas ou os casos judiciais ainda pendentes não sejam atingidos por essa nova interpretação.⁴⁴

Trata-se, portanto, de uma flexibilização à regra de atribuição de efeitos retroativos às decisões que visa, sobretudo, impedir que reviravoltas jurisprudenciais - fenômeno conhecido no sistema *common law* como *overruling* - "cause efeitos danosos àqueles cidadãos que depositaram confiança no precedente revogado, por

⁴⁰ idem.

⁴¹ idem.

⁴² ROSITO, Francisco. *Op. Cit.*, pp. 338-339.

⁴³ idem.

⁴⁴ Definições extraídas do resumo (*abstract*) da tese de doutorado apresentada por Antonio de Pádua Soubhie Nogueira na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. **Modulação dos efeitos das decisões no processo civil**. 2013. 257 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

ele pautando suas vidas e negócios." Ou seja, a modulação serve "para conservar situações jurídicas perpetradas com base em uma lei que veio a ser, apenas posteriormente, declarada inconstitucional ou ilegal por um tribunal superior."⁴⁵

Como dizem Gonçalves e Assis (2016, p. 366), a modulação temporal é corolário do poder criativo da jurisprudência, "e da evidente necessidade de concretizar os princípios constitucionais da segurança jurídica, da confiança, da boa-fé e da irretroatividade."⁴⁶

Então, passa-se a falar sobre esses princípios.

⁴⁵ idem.

⁴⁶ GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo código de processo civil - CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 258, p. 357-385, ago. 2016, p. 366.

3 FUNDAMENTOS

Como visto, a modulação é uma alternativa à regra da aplicação retroativa dos efeitos dos precedentes do Tribunais Superiores na hipótese de alteração de entendimento sobre determinada matéria, de modo que a nova tese jurídica não irá afetar aqueles fatos jurídicos ocorridos antes da modificação. Todavia, justamente por oferecer um tratamento diferente à regra geral da retroatividade, a técnica da modulação não pode ser banalizada, de modo que a decisão que optar por ela deve apresentar fundamentos que justifiquem a sua utilização.

Assim, será feita uma abordagem dos principais fundamentos apontados pela doutrina e jurisprudência como autorizadores da utilização da técnica da modulação dos efeitos, quais sejam: princípio da irretroatividade das leis, segurança jurídica, boa-fé objetiva e confiança justificada.

3.1 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS (NORMAS)

Com a superação da teoria clássica que restringia a atividade judicial apenas à declaração do sentido exato da lei, passou-se a compreender que norma não é algo que está implícito em um texto legal, mas deriva da definição ou interpretação a ele dada,⁴⁷ de modo que se pode falar que a "norma jurídica, atualmente, é construída pelo intérprete."⁴⁸

Por essa razão, Ataíde Jr. (2012, p. 365) acredita que

admitir que um novo precedente, com sentido diverso da anterior orientação jurisprudencial seja aplicado a atos e fatos passados, implica flagrante desrespeito à regra da irretroatividade da lei

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 64-65

⁴⁸ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC**. In: ADONIAS, Antônio (Coord); DIDIER JR., Fredie (Coord). *Projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Bahia: JusPodvm, 2012, p. 365.

(art. 5º, XXXVI, CF), que, na verdade, quer significar irretroatividade do direito.⁴⁹

Vistas as coisas por essa perspectiva, diz-se que quando um tribunal altera a sua jurisprudência ele está, na verdade, modificando a interpretação até então conferida à determinada lei e, conforme adverte Dinamarco (2016, p 192), "repudiando as interpretações correntes no passado porque não corresponderiam com fidelidade ao que nela [a lei] contém."⁵⁰ Assim, conclui o autor que

a lei aplicada seria sempre a mesma, apenas com a alteração de sua *interpretação* porque a interpretação anterior estaria errada - e isso afastaria qualquer limitação à possibilidade de impor a jurisprudência nova a situações conformes com a antiga.⁵¹

Desse modo, como a lei, uma vez alterada, atinge situações futuras a partir do momento em que entra em vigor, entende-se que o mesmo deve ocorrer nas hipóteses de mudança jurisprudencial, pelo fato de que a "orientação de um tribunal tem um peso e uma função muito semelhante à mudança da lei."⁵²

Muito embora as decisões judiciais, diferentemente do que ocorre com uma lei nova, digam respeito a fatos do passado, há situações em que os efeitos das alterações jurisprudenciais devem ser aplicados para o futuro. Carraza (2009, p. 57) explica que

tal situação se dá quando a mutação jurisprudencial acaba, na prática, por alterar radicalmente preceitos legais ou, até, constitucionais, pegando de surpresa um grande universo de pessoas. Permitir que, neste caso, elas venham prejudicadas, por condutas que adotaram antes da modificação do entendimento dos Tribunais, é o mesmo que aceitar - inconstitucionalmente, é claro - que uma lei possa retroagir.⁵³

⁴⁹ idem.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I.** 8ª ed. rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 192.

⁵¹ idem.

⁵² WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 489-490.

⁵³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ.** 2.ª ed. Barueri - São Paulo: Manole: Minha Editora, 2009, p. 57.

Ainda segundo o autor, é a jurisprudência que faz chegar às pessoas o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das normas jurídicas constitucionais, legais e infralegais, o que o leva à peremptória conclusão de que "é mais importante a irretroatividade da jurisprudência que das próprias leis."⁵⁴

Nessa mesma linha, Dinamarco (2016, p. 192) aduz que a partir do momento em que os precedentes dos tribunais possam ser considerados como fontes do direito, "a imposição da jurisprudência nova teria o mesmo efeito perverso de transgredir situações já consumadas, tanto quanto a retroação dos efeitos de uma nova lei."⁵⁵ Logo, "a fragilização da segurança jurídica trazida pela aplicação da nova jurisprudência seria a mesma"⁵⁶, o que o leva a conclusão de que permitir a retroatividade significaria expor os jurisdicionados a "verdadeiras armadilhas montadas pelos tribunais em sua jurisprudência."⁵⁷

De todo modo, a despeito de tudo que foi exposto até aqui a favor da irretroatividade da jurisprudência nos casos de mudança de entendimento pelos tribunais, é possível encontrar na doutrina brasileira autores que entendam que a equiparação da irretroatividade das leis com a da jurisprudência não seja a solução mais adequada para justificar, pura e simplesmente, a modulação dos efeitos.

Ravi Peixoto por exemplo, adota tal posicionamento por compreender que existem dispositivos expressos no sentido da irretroatividade das leis, não ocorrendo o mesmo com a atividade judicial. Além disso, alega o autor que muitas vezes é extremamente difícil identificar o exato momento em que ocorre a mudança de entendimento, já que

o único momento em que a superação de precedentes se aproxima da alteração do texto normativo é quando um determinado entendimento consolidado e que não tenha sido alvo

⁵⁴ ibidem, p. 64.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I.** op. cit. p. 192.

⁵⁶ idem.

⁵⁷ idem.

de inúmeras modificações no decorrer do tempo é superado sem qualquer espécie de sinalização anterior.⁵⁸

O autor ainda entende que a utilização da *ratio decidendi* oriunda de um caso concreto para servir de orientação para a solução dos casos que lhe forem posteriores "não é capaz de atrair a incidência da regra da irretroatividade, tal qual como atua nas modificações legislativas."⁵⁹ Isso porque

não se deve equiparar por igual a atividade legislativa à atividade jurisprudencial em termos de eficácia temporal, devendo haver utilização da superação prospectiva apenas quando preenchidos os seus requisitos e mediante fundamentação específica do tribunal.⁶⁰

Tudo isso o faz concluir que a aplicação analógica da irretroatividade das leis não é capaz de abarcar toda a complexidade da atividade jurisdicional, o que a torna inadequada.⁶¹

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, considera que, em respeito ao princípio da segurança jurídica, a regra decorrente do novo entendimento jurisprudencial não pode alcançar situações pretéritas, consumadas sob a égide do entendimento anterior, por conceber que a proibição de retroação da regra nova se aplica, inclusive, à jurisprudência, e não apenas às leis.⁶²

Pelo menos foi esse o entendimento da 1ª Turma do STJ ao julgar o REsp nº 1.596.978 que trata da incidência de imposto de renda sobre as parcelas recebidas pelos servidores a título de abono de permanência. De acordo com o Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho, a não incidência de imposto de renda sobre o abono de permanência estava claramente albergada na jurisprudência do STJ até o julgamento do REsp. 1.192.556/PE - que se deu sob a sistemática do Recurso Representativo da Controvérsia - o qual veio a modificar esse entendimento ao

⁵⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. op. cit. pp. 232-233

⁵⁹ *ibidem*. p. 235

⁶⁰ *idem*.

⁶¹ *ibidem*. p. 236.

⁶² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.596.978-RJ**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 07 de junho de 2016. Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201596978> >. Acesso em: 26 ago. 2016.

reconhecer a natureza remuneratória da verba, autorizando, portanto, a Fazenda Pública a efetuar o recolhimento do imposto.

A fim de tutelar as situações anteriores à mudança do entendimento, a solução encontrada foi projetar os efeitos da decisão - isto é, a possibilidade de incidência do imposto - apenas sobre os fatos gerados posteriores à decisão modificadora, no caso, setembro de 2010, sob o fundamento de que

a mutação jurisprudencial tributária de que resulta oneração ou agravamento de oneração ao Contribuinte somente pode produzir efeitos a partir da sua própria implantação, não alcançando, portanto, fatos gerados pretéritos, consumados sob a égide da diretriz judicante até então vigorante; essa orientação se apoia na tradicional e sempre atual garantia individual de proibição da retroatividade de atos oficiais (ou estatais) veiculadores de encargos ou ônus: sem esse limite, a atividade estatal tributária ficaria à solta para estabelecer exigências retrooperantes, desestabilizando o planejamento e a segurança das pessoas.⁶³

Como visto, os fundamentos utilizados para a modulação foram o da segurança jurídica, da proteção da confiança e, sobretudo, o da irretroatividade dos atos estatais, dentre os quais está inserida a norma oriunda das decisões judiciais. Embora se trate de um julgado isolado, a decisão proferida é significativa por ser uma das primeiras a tratar do tema da modulação após a entrada em vigor do NCPC.

3.2 SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica, segundo Carraza (2009, p. 43), "hospeda-se na dobras do Estado Democrático de Direito"⁶⁴ e "visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas."⁶⁵ Um dos modos pelo qual se dá essa proteção é vedando "a adoção de medidas legislativas, administrativas ou

⁶³ idem.

⁶⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2.^a ed. Barueri - São Paulo: Manole: Minha Editora, 2009, p. 43.

⁶⁵ idem.

jurídicas, capazes de frustrar a confiança que as pessoas depositam nas normas jurídicas em vigor."⁶⁶

Como as normas jurídicas são uma manifestação do modo como o Direito regula o comportamento das pessoas, elas não podem ser consideradas isoladamente, mas em conjunto, de forma que o princípio da segurança jurídica exerce influência não apenas sobre as leis e os atos administrativos, mas também sobre as decisões judiciais. Por essa razão, todas as normas jurídicas devem procurar tornar a vida das pessoas e das instituições mais segura, competindo ao Estado o zelo para que todos possam prever as consequências jurídicas dos comportamentos que adotarem.⁶⁷

Por isso que se diz que o indivíduo precisa conhecer a regra que regula a sua ação para que possa calcular as consequências que serão atribuídas pelo ordenamento jurídico e é justamente nesse momento que o princípio da segurança jurídica ganha importância, já que, segundo Ávila (2011, p. 478), ele "exige cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito."⁶⁸

A falta de calculabilidade, diz o autor, impede que o indivíduo consiga minimamente antecipar as consequências jurídicas de seus atos, o que acaba provocando uma perda de liberdade jurídica "na medida em que não tem como deliberar a respeito dos efeitos jurídicos a serem atribuídos à ação que quer adotar."⁶⁹

Logo, quando uma norma retroage, uma ação já realizada passa a ser regulada por uma norma que à época não existia e isso é algo intolerável pelo princípio da segurança jurídica, uma vez que o indivíduo, por desconhecer a norma aplicável à sua ação, desconhece também as consequências jurídicas que lhe serão atribuídas. Nessa hipótese, informa Peixoto (2016, p. 238) que, como o

⁶⁶ idem.

⁶⁷ ibidem, p. 44

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** *op. cit.*, p. 478.

⁶⁹ idem.

jurisdicionado não terá garantida a liberdade de ação, "não poderia assumir os riscos de sua atuação"⁷⁰ e isso é indispensável porque

conhecendo a regra que regula a sua ação e medindo os efeitos que ela lhe atribui, a decisão de agir envolve um ato de liberdade e de responsabilidade: de liberdade, na medida em que o indivíduo, podendo agir ou não agir, e podendo agir em um ou em outro sentido, decide adotar um comportamento que se enquadra na hipótese de uma regra; de responsabilidade, porque o indivíduo, tendo a possibilidade de calcular os efeitos atribuídos pela regra à sua conduta, opta pela ação e, com isso, decide aceitar a imposição dos referidos efeitos.⁷¹

A retroatividade elimina, pois, "o caráter orientador do Direito, na medida em que o indivíduo age orientado por uma norma, entretanto a sua ação é regulado por outra, então inexistente, e, por isso, desconhecida no momento da ação"⁷² e a segurança jurídica importa - não apenas - mas fundamentalmente para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações.⁷³

Isso ocorre porque a segurança jurídica pode ser vista como previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, o que acontece quando é possível compreender os termos jurídicos que qualificam a situação na qual inserida a ação e confiar naqueles que detêm o poder de afirmá-la. Por essa razão, Marinoni (2016, p. 97) sustenta que "a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada."⁷⁴ Como a norma é resultado da interpretação que se dá ao texto legal, diz Peixoto (2016, p. 239) que "não seria o jurisdicionado apto a, no momento de sua conduta, prever o seu resultado, tendo em vista que a norma a ele aplicável ainda não existiria, por ele desconhecê-la"⁷⁵, já que, "na hipótese de superação retroativa de um entendimento consolidado, o próprio Poder Judiciário teria reduzido as possibilidades interpretativas advindas dos textos normativos."⁷⁶

⁷⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. op. cit. p. 238.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. op. cit., p. 478.

⁷² ibidem, p. 479.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

⁷⁴ ibidem, p. 97.

⁷⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. op. cit. p. 239.

⁷⁶ idem.

É dentro desse contexto que se coloca, pois, o princípio da segurança jurídica como um dos fundamentos para a realização da modulação. Isso porque, como observa Ávila (2009, pp. 145/147), trata-se de um princípio que representa um valor que envolve, pelo menos, duas dimensões: "de uma lado, a certeza quanto à norma que regula os atos sociais; e, de outro, a expectativa ou confiança quanto à situação do indivíduo da sociedade"⁷⁷ e que acaba por exigir a estabilidade das situações resultantes da concretização das normas também no âmbito das decisões judiciais judiciais, operando-se, em relação a essa atividade normativa, além de outros meios, muito especialmente pela irretroatividade das normas.

3.3 TUTELA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Considerando que a boa-fé é um mecanismo que, segundo Nery (2009, p. 83) "norteia a aplicação do Direito em todas as suas dimensões"⁷⁸, ela também se aplica à modulação dos efeitos nas alterações jurisprudenciais. Tal conclusão decorre do próprio texto do NCPC que dispõe em seu art. 5º que "aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé."⁷⁹

Fala-se, nesse sentido, na boa-fé objetiva processual, a qual, conforme Theodoro Jr. et al., (2016, p. 256)

se dará no Novo CPC, por exemplo, na aplicação de precedentes e na modulação de seus efeitos, previstas no § 3º do art. 927, uma vez que não poderá beneficiar a parte que tenha dado causa à ilicitude ou à inconstitucionalidade reconhecida como fundamento para a modificação jurisprudencial.⁸⁰

⁷⁷ ÁVILA, Ana Paula. **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 n.º 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145 e ss.

⁷⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2.^a ed. Barueri - São Paulo: Manole: Minha Editora, 2009, p. 83.

⁷⁹ BRASIL, Código de Processo Civil. **Lei n.º 13.105/2015**, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 29 ago. 2016;

⁸⁰ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - fundamentos e sistematização**. 3.^a ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: editora Forense, 2016, p. 256.

O que se quer dizer é que a boa-fé objetiva está consubstanciada na conduta que se espera da parte ou da administração⁸¹, compreendendo-se aqui, também, a conduta do Poder Judiciário. Conduta essa que se expressa por meio das suas decisões, as quais devem guardar coerência com os entendimentos proferidos anteriormente pelos Tribunais Superiores, de forma que, uma vez que se propicie ao jurisdicionado a segurança de que ele pode praticar determinado ato ou de ter determinada conduta, um tribunal "não pode de modo abrupto e incoerente com a sua conduta anterior modificar seu entendimento."⁸²

Isso porque, como já dito anteriormente, as decisões do Poder Judiciário são aptas à construção de normas que, "quando inseridas na teoria dos precedentes, passam a ter um caráter geral, visando à orientação dos jurisdicionados."⁸³ Segundo Peixoto (2016, p. 239), tais normas desempenham um importante papel na teoria dos precedentes porquanto "atuam como garantidoras da segurança jurídica e da proibição do *venire contra factum proprium*",⁸⁴ de modo que superá-las implica no dever de tutela por parte do Poder Judiciário, sendo a modulação dos efeitos uma das formas de efetivá-la.

A proibição do *venire contra factum proprium* de que se fala é aquela que deriva do princípio da boa-fé e consiste na proibição da adoção de comportamentos contraditórios, tratando-se, nas palavras de Venosa (2012, p. 376), "de um imperativo em prol da credibilidade e da segurança das relações sociais."⁸⁵ Tal proibição se impõe também à administração em decorrência do que preceitua a própria Constituição Federal, porque, conforme explica Nery Jr. (2009, p. 86), "agindo contra seus próprios atos a administração viola os princípios da segurança jurídica (CF arts. 1º, 5º *caput* e XXXVI), da solidariedade (CF art. 3º, I), da legalidade e da moralidade administrativa (CF art. 37 *caput*)."⁸⁶

⁸¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2.^a ed. Barueri - São Paulo: Manole: Minha Editora, 2009, p. 84.

⁸² *ibidem*, p. 86.

⁸³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. op. cit. p. 239.

⁸⁴ *idem*.

⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12.^a ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 376.

⁸⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2.^a ed. Barueri - São Paulo: Manole: Minha Editora, 2009, p. 86.

Assim, exige-se que o Poder Judiciário aja com boa-fé, no sentido de que não deve impor aos jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações em decorrência da modificação de seu entendimento a respeito de determinada situação ou relação jurídica. Logo, uma vez modificada a jurisprudência do tribunal, diz Nery Jr. (2009, p. 89) os efeitos dessa mudança "têm de ser para o futuro, ainda que a natureza da decisão judicial seja declaratória, como ocorre nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade ou legalidade da norma."⁸⁷

O comportamento então esperado pelos tribunais é o de "cumprimento dos comandos emergentes da jurisprudência predominante dos tribunais, notadamente nos superiores."⁸⁸ Desta forma, defende o autor que

a mudança de entendimento dos tribunais, com alteração de sua interpretação sobre a Constituição e as Leis, não pode ter eficácia retroativa, sob pena de ferir-se, entre outros cânones constitucionais, a boa-fé objetiva do jurisdicionado que confiou na, até então, jurisprudência predominante.⁸⁹

Isso porque "a boa-fé objetiva garante a validade e eficácia dos atos praticados sob fundamento na jurisprudência anterior"⁹⁰, de modo que tais atos, quando praticados pelo jurisdicionado sob a égide do entendimento anterior do tribunal, foram praticados com boa-fé pois presumiam-se corretos já que estavam em consonância com o posicionamento jurisprudencial então vigente.⁹¹

Em conclusão, pode-se dizer que sempre que o jurisdicionado comprovar ter agido de boa-fé, praticando e consolidando atos em conformidade com os preceitos normativos à época vigentes, não poderá, segundo Streck e Abboud (2016, p. 1209), "ser prejudicado pela superveniente alteração dessas bases

⁸⁷ ibidem, p. 89.

⁸⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2.^a ed. Barueri - São Paulo: Manole: Minha Editora, 2009, p. 91.

⁸⁹ idem.

⁹⁰ ibidem, p. 93.

⁹¹ ibidem, p. 98.

normativas, seja essa alteração proveniente de alteração jurisprudencia ou legislativa."⁹²

3.4 PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

As decisões judiciais, sobretudo aquelas que formam a jurisprudência dominante de um Tribunal Superior, acabam por condicionar a conduta dos jurisdicionados, que, possivelmente, irão adotar comportamentos compatíveis com a orientação por elas expressa. Isso ocorre porque há uma tendência de que os indivíduos confiem naquilo que o Estado apresenta como sendo correto, o que torna essa confiança nos atos estatais digna de tutela por parte do próprio Estado. Trata-se, então, do princípio da proteção da confiança legítima.⁹³

O princípio da proteção da confiança encontra na modulação dos efeitos um meio de concretização dos valores que encerra, uma vez que protege o comportamento daqueles jurisdicionados que se conduziram de acordo com o entendimento modificado. Deduz-se, tanto do princípio da segurança jurídica, quanto do princípio da boa-fé objetiva⁹⁴ e se faz necessária porque, como diz Ferraz (2009, p. 20), "se, de um lado, é inevitável e desejável a mudança da jurisprudência, de outro também o é a previsibilidade dos comportamentos em face da confiança na regularidade das decisões."⁹⁵

Essa confiança surge na medida em que a reiteração de comportamentos por parte do Poder Público cria uma expectativa legítima de que, diante de uma dada situação, ele se conduzirá de um certo modo preestabelecido, o que é

⁹² STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao código de processo civil**. Coordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1209.

⁹³ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. Coordenador Fredie Didier Jr. 2ª ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 328.

⁹⁴ ÁVILA, Ana Paula. **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 n.º 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 150.

⁹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2.ª ed. Barueri - São Paulo: Manole: Minha Editora, 2009, p. 20.

extremamente relevante nos casos de alteração da jurisprudência dos Tribunais que, uma vez alteradas, não poderão operar com efeitos retroativos.⁹⁶

Conforme salienta Lucca (2016, p. 329), o princípio da confiança legítima serve justamente para proteger as expectativas jurídicas concretas criadas que "venham a ser frustradas posteriormente pela revogação ou invalidação daquele comportamento ou desfeitas por um novo comportamento estatal contraditório ou incompatível com o anterior."⁹⁷

Assim, como a alteração de um entendimento consolidado inegavelmente frustra as expectativas dos jurisdicionados que o tomavam como correto, cabe ao tribunal dimensionar temporalmente o alcance da quebra da confiança e, por meio da modulação dos efeitos, limitar os problemas ocasionados àqueles que conduziram as suas ações com base no entendimento superado.⁹⁸ A modulação serve, portanto, como um meio de preservar aquelas situações que tiverem origem no entendimento jurisprudencial passado.⁹⁹

Daí a importância do NCPC ao fornecer um "novo e importantíssimo suporte legal"¹⁰⁰ ao princípio da confiança quando estabelece no art. 927, §4º que

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

Referido dispositivo legal, segundo Lucca (2016, p. 335), consagra "expressamente o respeito ao princípio da confiança, dando-lhe maior concretude e

⁹⁶ *ibidem*, p. 46.

⁹⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes.** *Op. Cit.* p. 329.

⁹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil - Leis 13.105/2015 e 13.256/2016.** 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 513.

⁹⁹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional.** *Op. Cit.*, p. 348.

¹⁰⁰ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes.** *Op. Cit.* p. 335.

impondo o seu respeito também pelo Poder Judiciário."¹⁰¹ Diz o autor, ainda, que a confiança do indivíduo é uma resposta a um comportamento do Estado que lhe cria expectativas, fazendo-o agir de modo que possa obter determinada consequência jurídica prevista. Logo,

o princípio da confiança legítima apenas tem razão de ser em um contexto em que as expectativas dos cidadãos são ou podem vir a ser frustradas. E quanto mais frequentemente forem frustradas essas expectativas, maior será a importância do princípio da confiança para a proteção das pessoas.¹⁰²

Observa-se, então, que existe uma relação direta entre o princípio da proteção da confiança legítima e a técnica de modulação de efeitos. Exemplo clarividente disso são as lições lançadas por Luís Roberto Barroso, atual Ministro do STF, em um parecer no qual tratou do tema da modulação dos efeitos temporais nas hipóteses de mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária.¹⁰³

Conforme consta do referido parecer, a proteção da confiança legítima é um dos fundamentos para a modulação de efeitos nas hipóteses de alteração de jurisprudência por se tratar de um princípio que se dirige tanto à Administração Pública quanto ao Poder Judiciário, exigindo, sobretudo desse último, que o direito seja aplicado aos casos concretos com certa constância e previsibilidade, "já que lhe cabe preservar a ordem jurídica existente e assegurar a isonomia perante a lei."¹⁰⁴ Conquanto não se desconsidere a possibilidade de inovação da ordem jurídica, é certo que, em determinadas circunstâncias, mormente quando caracterizada a legítima expectativa do cidadão, "a proteção da confiança poderá gerar o direito dos particulares a um regime de transição razoável."¹⁰⁵

¹⁰¹ idem.

¹⁰² ibidem, p. 339.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais.** Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em 31 out.2016.

¹⁰⁴ ibidem, p. 23.

¹⁰⁵ idem.

Para fins de configuração de confiança legítima capaz de invocar a proteção jurídica, o autor lista alguns parâmetros construídos pela doutrina. Aduz que, em primeiro lugar, será juridicamente legítima, e merecerá proteção, a expectativa que decorrer de um comportamento objetivo do Poder Público. Em segundo lugar, a expectativa será digna de proteção se a conduta estatal que a gerou perdurar razoavelmente no tempo, de modo a ser descrita como consistente e capaz de transmitir uma ideia de certa estabilidade, levando o particular a praticar atos fiados na conduta estatal. E, por fim, em terceiro lugar, será preciso saber se o particular pode ou não razoavelmente prever o risco de futura modificação do ato do Poder Público - no caso, do Poder Judiciário por intermédio de uma alteração jurisprudencial.¹⁰⁶

Portanto, considerando que a proteção da confiança tem, atualmente, previsão legal, inafastável a sua utilização para fundamentar a decisão de modulação de efeitos quando constatado pelo Poder Judiciário que os parâmetros anteriormente descritos tenham sido desconsiderados.

¹⁰⁶ *ibidem*, p. 24.

PARTE II - MODULAÇÃO: REQUISITOS, ASPECTOS PROCESSUAIS E EFEITOS

4 REQUISITOS PARA A MODULAÇÃO

São poucas as tentativas doutrinárias e jurisprudências para a definição dos requisitos necessários para que a técnica da modulação seja utilizada.¹⁰⁷ Peixoto (2016, p. 265) observa que nem sempre será possível especificar os casos em que a superação deverá ser feita com efeitos prospectivos, uma vez que a modulação opera como a interpretação dos textos normativos. Saliencia que a solução a ser adotada dependerá dos elementos constantes de cada caso concreto, isso porque

em certas hipóteses, será evidente a necessidade de modulação, em outros casos, será justamente o contrário e, por vezes, haverá uma zona de penumbra que irá dividir as opiniões dos julgadores e da doutrina. Mas isso não autoriza que se admita a existência de uma ampla discricionariedade dos julgadores.¹⁰⁸

De toda forma, pretende-se apresentar aqui alguns dos requisitos apontados pela doutrina como necessários para que se possa considerar a modulação.

4.1 ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL

O primeiro requisito que deve ser observado para que seja possível se falar em modulação de efeitos é que ocorra, de fato, uma alteração jurisprudencial acerca de determinada matéria. Diferentemente do que possa parecer, a identificação da mudança de entendimento nem sempre é de fácil percepção, sobretudo porque, considerando que a jurisprudência se constitui de uma série de decisões, e não apenas uma única, "a sua alteração deve ser verificada não só por uma outra decisão que conclua em sentido diverso de todas aquelas que

¹⁰⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. op. cit. p. 262.

¹⁰⁸ *ibidem*, p. 265.

compunham a jurisprudência anterior"¹⁰⁹ mas sim, quando houver "uma certa reprodução e estabilização do novo entendimento."¹¹⁰

São poucos os casos no ordenamento brasileiro em que uma única decisão possa ser considerada como revogadora de toda uma jurisprudência até então consolidada. Isso somente pode ser imaginado, por exemplo, nas decisões do STF que analisam a repercussão geral em recurso extraordinário e também naquelas proferidas pelo STJ no julgamento de recursos especiais repetitivos, ou, ainda, nos casos específicos no quais são decididos recursos específicos de uniformização de jurisprudência, como os embargos de divergência, que são julgados por órgãos de composição mais representativas dessas Cortes, como as seções. Assim, Cabral (2013, p. 15) conclui que "nestes casos, uma única decisão poderia ser considerada como *overruling* de todo o conjunto consolidado de arestos que anteriormente aplicavam o entendimento oposto."¹¹¹

Afora essas hipóteses, a mudança de jurisprudência, embora se inicie a partir de uma única decisão contrária, somente estará configurada de fato quando um novo entendimento venha a ser reiterado em outros círculos decisórios durante um período de tempo suficiente para que possa ser considerado estável tal qual o entendimento anterior o era.¹¹² Humberto Ávila (2011, p. 466), justamente por entender que "não é qualquer alteração que substancia 'mudança jurisprudencial'"¹¹³, sugere que para a sua configuração alguns requisitos sejam verificados.

Em primeiro lugar, diz o autor, para que se possa falar em alteração jurisprudencial é necessário que existam duas decisões conflitantes sobre um mesmo objeto, de modo que

¹⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 221, p. 13-48, jul. 2013, p. 15.

¹¹⁰ *idem*.

¹¹¹ *idem*.

¹¹² *idem*.

¹¹³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. *op. cit.*, p. 466.

só se pode afirmar que há modificação de jurisprudência quando houver duas decisões contraditórias eficazes sobre a mesma matéria, assim entendidas aquelas decisões que envolvem o mesmo fundamento e a mesma situação fática. Assim, se há uma mudança da base normativa para a decisão, a rigor, não se pode falar em mudança jurisprudencial."¹¹⁴

Há identidade quanto à matéria quando o novo entendimento decorre de uma decisão que analisou os mesmos fundamentos jurídicos e situações fáticas daquela da qual havia se originado o entendimento agora modificado. Desta forma, pode-se dizer que houve uma alteração porque, segundo Menke (2015, pp. 273-274) o tribunal, "diante do mesmo enunciado normativo analisado por ele no passado e dos mesmos eventos considerados na decisão anterior, modifica a norma jurídica que foi construída na decisão modificada."¹¹⁵ Não haverá, portanto, mudança de jurisprudência quando essa se der em decorrência de alteração dos fatos relacionados à matéria ou por superveniência de modificação da ordem legal ou constitucional.¹¹⁶

Em segundo lugar, é preciso que a decisão que está sendo modificada "tenha transitado em julgado ou, no mínimo, possa ter razoavelmente produzido efeitos orientadores relativamente àquele que suscita a resistência de seus efeitos referentemente à 'decisão modificadora'."¹¹⁷ Daí porque se fala que "só há mudança quando uma decisão judicial posterior modificativa se afasta de outra decisão inicial eficaz sobre a mesma matéria."¹¹⁸

Em terceiro lugar, só haverá alteração de fato quando essa decorrer do próprio tribunal que proferiu a decisão que está sendo modificada e que essa tenha produzido efeitos estabilizadores. Logo, não se pode supor que há alteração jurisprudencial quando, por exemplo, o "Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, altera decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida em recurso especial ainda não transitado em julgado."¹¹⁹ Isso porque "a decisão anterior possui

¹¹⁴ Ibidem, p. 467.

¹¹⁵ MENKE, Cassiano. **Irretroatividade tributária material: definição, conteúdo e eficácia**. São Paulo: editora Malheiros, 2015, p. 273.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. *op. cit.*, p. 472.

¹¹⁷ ibidem, p. 466.

¹¹⁸ ibidem, p. 468.

¹¹⁹ ibidem, p. 468.

caráter provisório, não se podendo saber, ainda, em razão da possibilidade de revisão, se será, ou não, mantida."¹²⁰

4.2 MODIFICAÇÃO NA LINHA JURISPRUDENCIAL

O segundo requisito trata da necessidade de demonstração de que o novo precedente significa efetivamente "uma modificação surpreendente na linha jurisprudencial anterior do tribunal."¹²¹ Essa análise se faz necessária porque, "por vezes, um precedente superado já foi tão modificado, que a sua mudança não representa sequer uma grande novidade para os operadores do direito."¹²²

Como a proteção da confiança é um dos fundamentos da modulação de efeitos, natural que essa seja invocada sempre que o novo precedente acarretar na quebra dessa confiança. Entretanto, adverte Marinoni (2016, p. 360) que a confiança merece tutela apenas quando se tratar de uma confiança justificada, cuja qualificação depende de "critérios que façam ver que o precedente racionalmente merecia confiança à época em que os fatos se passaram."¹²³

Muito embora inexista previsão legal quanto a quais seriam esses critérios que avalizariam um precedente como digno de tutela, é possível encontrar construções doutrinárias que objetivam conferir alguma organização nesse sentido. Vale citar, por exemplo, a ideia de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. na qual os precedentes são tipificados de acordo com a norma jurídica que inauguram, a fim de que se possa aferir o grau de surpresa causado nos jurisdicionados e na comunidade jurídica.

Existiriam, assim, três espécies diferentes de precedentes, quais sejam: *a) novo precedente em sentido não surpreendente, b) novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito, e c) precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial.*

¹²⁰ idem.

¹²¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica.** op. cit. p. 263.

¹²² idem.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios.** op. cit., p. 360.

Segundo o autor, o *novo precedente em sentido não surpreendente* seria aquele que surge quando os Tribunais Superiores, sobretudo no exercício da função de unificar a interpretação da Constituição, no caso do STF, e da legislação federal, no caso do STJ, julgam pela primeira vez a matéria, de modo que a decisão decorrente passa, a partir de então, a conter um caráter paradigmático.¹²⁴

Como, nesse caso, os Tribunais Superiores estão se deparando pela primeira com a matéria, esse precedente não causa surpresa à comunidade jurídica, uma vez que ele representa apenas uma das tantas possibilidades hermenêuticas que se pode extrair da lei e que, possivelmente, só chegou ao conhecimento das Cortes superiores por haver divergências interpretativas nos tribunais ordinários.¹²⁵

Assim, a princípio, a esse *novo precedente em sentido não surpreendente* podem ser atribuídos efeitos retroativos, os quais, na visão do autor, podem inclusive autorizar o manejo de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada em sentido contrário.¹²⁶ Contudo, será visto posteriormente que a possibilidade de retroatividade da regra para desconstituir decisões já transitadas em julgado encontra contrariedade na própria doutrina, tanto é existem autores que a veem como uma hipótese inaceitável.

Já o *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* surge quando a decisão do STF ou do STJ sobre determinada matéria acaba por surpreender a comunidade jurídica e a sociedade como um todo. Isso acontece quando o conteúdo da decisão contraria o entendimento até então corrente ou a compreensão pacífica que se tem sobre a questão jurídica no âmbito doutrinário, das Universidades, nos tribunais ordinários, entre advogados etc.¹²⁷

¹²⁴ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC.** In: ADONIAS, Antônio (Coord); DIDIER JR., Fredie (Coord). *Projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos.* Bahia: JusPodvm, 2012, p. 378.

¹²⁵ ibidem, p. 383.

¹²⁶ ibidem, p. 399.

¹²⁷ ibidem, pp. 379-380

Nessa hipótese, adverte o autor, "o que deve ser ponderado pelas Cortes Superiores, para fins de atribuição da eficácia temporal ao novo precedente, é o acerto das decisões dos tribunais ordinários à luz do cenário fático-normativo em que se posicionaram", isto é, os Tribunais Superiores deverão, antes de decidir quanto à modulação prospectiva, verificar como a matéria era tratada à época dos fatos.¹²⁸ Logo, para a modulação nesses casos, é preciso que os Tribunais Superiores tomem o cuidado de não alterarem "as consequências jurídicas dos atos e fatos passados quando estes já receberam trato adequado ao seu contexto histórico-social ou fático-axiológico."¹²⁹

Assim, para o *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, diz o autor que podem ser atribuídos tanto o efeito retroativo, quanto o prospectivo, estando a escolha condicionada ao resultado da análise de como os Tribunais Superiores decidiriam se tivessem apreciado a matéria na época em que as instâncias ordinárias se debruçaram sobre ela, ou seja, como decidiriam diante daquele quadro fático-normativo vigente à época.¹³⁰

Os efeitos prospectivos serão recomendados quando os Tribunais Superiores constatarem que "à luz do quadro fático-normativo vigente à época, teriam decidido da mesma forma que os tribunais ordinários."¹³¹ Por outro lado, caso fique constatado que decidiriam em sentido diverso daquele trilhado pelos tribunais ordinários, aconselha o autor que a melhor solução seria, então, a atribuição de efeito retroativo.¹³²

O autor ainda destaca que, para fins de determinação dos efeitos temporais nessas hipóteses, "torna-se imperioso tentar encontrar o momento em que se alterou a compreensão geral do direito e, conseqüentemente, ganhou corpo a previsibilidade de que poderia surgir um novo precedente paradigmático"¹³³ e, uma vez identificado, tal momento deverá ser fixado como termo inicial da eficácia

¹²⁸ idem.

¹²⁹ ibidem, p. 383.

¹³⁰ ibidem, p. 399.

¹³¹ idem.

¹³² ibidem, pp. 399-400.

¹³³ idem

temporal do novo precedente, mesmo que isso implique na atribuição de efeito retroativo."¹³⁴

Isso é importante porque, "quando o precedente deixa de ter congruência social, ancoragem na concepção geral do direito ou se mostra equivocado"¹³⁵, decorrendo, daí, críticas doutrinárias ou decisões inconsistentes pelas Cortes Superiores, "a sua revogação não constitui uma surpresa injusta"¹³⁶. Como diz Marinoni, "não há confiança justificada em um precedente 'desgastado'."¹³⁷

Por fim, resta avaliar os efeitos do *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, o qual, como o próprio nome indica, "é aquele em que o Tribunal Superior revoga ou altera o seu anterior entendimento sobre a questão de direito."¹³⁸

Quanto a esse *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, o autor defende que sejam atribuídos efeitos prospectivos. Isso porque, entende que esse novo precedente causa surpresa "na medida em que contraria a posição das próprias Cortes encarregadas de unificar a interpretação da Constituição e da lei"¹³⁹, uma vez que se cria uma nova norma jurídica que já havia sido descartada dentre as possibilidades hermenêuticas quando da formação do precedente que se está modificando.

Isso não significa que alterações fáticas não possam impulsionar alterações de entendimentos consolidados. O autor, inclusive, salienta a necessidade de distinguir a mudança na orientação jurisprudencial decorrente de alteração de opinião por parte dos Tribunais daquela que advém de modificação no cenário fático-normativo, sustentando que "na primeira hipótese, devem ser atribuídos efeitos prospectivos ao novo precedente, enquanto que na segunda,

¹³⁴ idem.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. *op. cit.*, p. 361.

¹³⁶ idem.

¹³⁷ idem.

¹³⁸ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC**. *op. cit.*, p. 381.

¹³⁹ ibidem, p. 401.

deve-se identificar o momento em que houve a mudança fática-normativa indicadora de que o precedente poderia ser revisado."¹⁴⁰

Assim, caso os Tribunais Superiores constatem que a sociedade já havia perdido a confiança na jurisprudência revogada, eles "devem tentar identificar o exato momento em que ocorreu essa guinada, para fins de fixação do termo inicial da eficácia temporal do novo precedente."¹⁴¹ Caso isso ocorra, os efeitos do novo precedente alcançará fatos anteriores, mas não indiscriminadamente, e sim apenas aqueles que ocorreram quando o precedente revogado já não era mais apto a gerar confiança nos jurisdicionados, ou seja,

os Tribunais Superiores, ao decidirem sobre a eficácia temporal do novo precedente em sentido revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial, devem atentar para o momento em que ganhou corpo a previsibilidade de que a orientação jurisprudencial até então vigente poderia ser superada, em virtude de uma substancial mudança fático-normativa.¹⁴²

Constatando-se essa mudança no quadro fático-normativo, explica o autor que

a aplicação retroativa do novo precedente, para regular as consequências jurídicas de atos e fatos surgidos após a perda da confiança na orientação jurisprudencial revogada, não enseja afronta à irretroatividade do direito.¹⁴³

Logo, diante de tais considerações, o autor conclui que

com relação à regra da irretroatividade e ao princípio da segurança jurídica e seus subprincípios da previsibilidade, da não surpresa, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, o mais grave é quando os Tribunais Superiores criam precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial, surpreendendo a todos aqueles que confiaram em sua própria jurisprudência.¹⁴⁴

¹⁴⁰ *ibidem*, p. 402.

¹⁴¹ *idem*.

¹⁴² *ibidem*, p. 384

¹⁴³ *idem*.

¹⁴⁴ *idem*, p. 384.

4.3 LEGITIMIDADE DO PRECEDENTE REVOGADO

Mesmo que a alteração do precedente cause surpresa aos jurisdicionados, é preciso avaliar se essa a confiança dele decorrente era legítima, o que se verifica, segundo Rosito (2012, p. 349), a partir "dos argumentos de autoridade e da correção material do precedente, além da sua reiteração no tempo."¹⁴⁵

Diz o autor que "o argumento de autoridade revela o fator institucional, a fim de definir quais precedentes são relevantes na prestação jurisdicional"¹⁴⁶ uma vez que a autoridade do precedente dependerá do órgão de que procede. Partindo de uma análise acerca da distribuição das competências entre os órgãos jurisdicionais segundo um critério funcional, no qual fica evidenciado uma relação de hierarquia entre eles, conclui que "a competência funcional vertical revela a medida concreta da autoridade atribuída aos órgãos jurisdicionais, sendo instrumento adequado para valorar a força dos precedentes."¹⁴⁷

Desse modo, com a fixação de competências determinadas em uma organização judiciária hierarquizada, entende que "a maior autoridade dos precedentes - e, portanto, o seu maior valor - repousa nos tribunais superiores."¹⁴⁸ Nesse sentido, aduz que as decisões dos tribunais superiores "gozam de uma presunção de correção em face da sua autoridade, a qual somente pode ser afastada mediante uma fundamentação especial."¹⁴⁹

Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 662) informam que "a questão da modulação dos efeitos temporais da decisão que revoga

¹⁴⁵ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. *Op. Cit.*, p. 349.

¹⁴⁶ *ibidem*, p. 263.

¹⁴⁷ *ibidem*, p. 264.

¹⁴⁸ *idem*.

¹⁴⁹ *ibidem*, p. 266.

precedente só pode ser compreendida a partir da percepção da distinção entre as decisões das Cortes de correção e de precedentes."¹⁵⁰

Isso porque às Cortes de correção incumbe a tarefa de declarar o sentido que a lei sempre teve, razão pela qual eventual constatação de equívoco no sentido atribuído implicará, necessariamente, na aplicação de efeitos retroativos da nova decisão. "Afinal, a decisão declara a norma que está na lei, ou seja, a norma que sempre regulou e deve continuar a regular as situações concretas."¹⁵¹

Por outro lado, se as Cortes superiores forem encaradas como Cortes de precedentes, com a função precípua de atribuir sentido ao direito, "não há como ignorar o significado da revogação do precedente para a sociedade."¹⁵² Logo, torna-se imperioso avaliar a possibilidade de modulação dos efeitos da nova decisão a partir da necessidade de se levar em conta "a relação entre o valor da 'afirmação do direito', contido na decisão revogadora, em face do valor da 'confiança justificada' depositado no precedente revogado."¹⁵³

Isso posto, combinado com a previsão contida no próprio §3º do art. 927 do NCPC, tem-se que um dos requisitos para a modulação é que o precedente que está sendo revogado tenha sido proferido ou pelo Supremo Tribunal Federal ou por algum dos tribunais superiores, porquanto são as suas decisões que, ao expressar o sentido do direito, passam a orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e dos tribunais de apelação.¹⁵⁴

Isso porque, quanto mais alto o grau hierárquico do tribunal, maior será a aparência de legitimidade do ato por ele praticado, de modo que "um precedente do Supremo Tribunal Federal transmite muito mais credibilidade do que o precedente

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 662.

¹⁵¹ idem

¹⁵² idem.

¹⁵³ idem.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 65.

de um Tribunal de Justiça."¹⁵⁵ Segundo Lucca (2016, p. 353), essa aparência de legitimidade é potencializada pelo fato de que quem proferirá a última decisão em um eventual processo de que o jurisdicionado seja parte será o STF, e não o tribunal de justiça, não sendo razoável, portanto, admitir como legítima a confiança depositada em um precedente em detrimento de outro que lhe seja hierarquicamente superior.¹⁵⁶

¹⁵⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. Coordenador Fredie Didier Jr. 2ª ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 353.

¹⁵⁶ idem.

5 ASPECTOS PROCESSUAIS

Sobre os aspectos processuais, pretende-se ressaltar alguns pontos sobre os quais a doutrina chama a atenção em virtude de certas particularidades que podem ser observadas. O primeiro ponto trata justamente da discussão quanto à possibilidade ou não dos entes públicos serem beneficiados com a modulação. Em seguida, se falará a respeito do momento e da forma pela qual a modulação pode ser suscitada e sobre a necessidade de contraditório específico sobre a sua realização. Por fim, serão feitos alguns apontamentos quanto ao quórum necessário para a deliberação quando a modulação for efetivada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou órgão especial dos Tribunais Superiores.

5.1 LEGITIMIDADE PROCESSUAL E MODULAÇÃO A FAVOR DE ENTES PÚBLICOS

A legitimidade processual diz respeito aos sujeitos que podem suscitar a modulação de efeitos das decisões dos Tribunais Superiores. Como a modulação pode ser suscitada de ofício¹⁵⁷, Peixoto (2016, p. 311) diz que a questão da legitimidade seria, aparentemente, irrelevante, já que qualquer uma das partes envolvidas no processo poderia argui-la, mas ganha importância quanto à possibilidade da modulação ser feita em favor dos entes estatais, isto é, se poderiam esses se beneficiarem da irretroatividade da nova norma oriunda da mudança jurisprudencial.¹⁵⁸

Existem autores que defendem que os entes públicos não poderiam ser sujeitos ativos da proteção da segurança jurídica, sobretudo no campo do direito Tributário. Nesse sentido, Ávila (2011, p. 158) explica que isso se dá porque é o Estado que institui a norma que deverá ser cumprida pelo contribuinte, o que torna

¹⁵⁷ Sobre a realização da modulação de ofício pelos tribunais, ver item 5.2.

¹⁵⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. *Op. Cit.* p. 311.

totalmente descabido avaliar a existência de sua cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.¹⁵⁹

Entende-se, então, que em matéria tributária, o princípio da segurança jurídica "visa a evitar surpresas para o contribuinte"¹⁶⁰, não se aplicando nas hipóteses em que as modificações de jurisprudência ocorram em detrimento da Fazenda Pública.¹⁶¹ Daí porque há autores que defendam que a modulação de efeitos "em qualquer dos âmbitos de sua aplicação, é medida excepcional em benefício do cidadão e da sociedade, não podendo ser invocada a favor do Estado."¹⁶²

Peixoto (2015, p. 393), ao observar que a maior parte dos doutrinadores que propugnam pela impossibilidade de modulação a favor dos Entes Públicos o fazem relacionando-a com o direito tributário, diz não haver nenhuma especificidade nesse campo do direito que impeça a modulação, já que "o fato do domínio da situação legislativa não impede que a tutela da confiança e a segurança jurídica atuem em favor dos entes públicos na superação de precedentes."¹⁶³

Segundo o autor, a negativa à modulação é possível quando o Ente Público encontra-se em posição dominante com relação aos demais sujeitos, como ocorre no plano legislativo em que a produção de textos normativos é fruto de uma atividade estritamente unilateral do Estado, não cabendo falar posteriormente em frustração de expectativa. Mas, no caso da superação de precedentes, a situação é diversa. Aqui, a base para a utilização da segurança jurídica é uma decisão tomada pelo Poder Judiciário que aponta a interpretação que deve ser dada a um texto legal pelos jurisdicionados.

Logo, os Entes Públicos, ao requererem a proteção da confiança legítima no caso de superação de um entendimento, tomam por base o posicionamento

¹⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: editora MALHEIROS, 2011, p. 158.

¹⁶⁰ ROSITO, Francisco. *Op. Cit.*, pp. 362.

¹⁶¹ *ibidem*, p. 363.

¹⁶² *ibidem*, p. 350.

¹⁶³ PEIXOTO, Ravi. **A modulação dos efeitos em favor dos entes públicos na superação de precedentes: uma análise da sua (im)possibilidade**. Revista de Processo, Vol. 246. São Paulo. Ed. RT, ago 2015, p. 393.

jurisprudencial em face de um texto normativo que, se alterado, gera uma "surpresa para o ente estatal que confiou no sentido do entendimento jurisprudencial para adotar suas condutas."¹⁶⁴

O autor rechaça, assim, qualquer impedimento de modulação a favor dos entes estatais, até mesmo no campo do Direito tributário. Isso porque, se houver alteração jurisprudencial que seja contrária aos seus interesses, significa que anteriormente havia um entendimento que lhes era favorável, digno, portanto, de proteção. Conclui, pois, que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança podem ser invocadas a favor dos entes públicos, inexistindo qualquer vedação, *a priori*, para que a modulação seja impedida de atuar em favor de qualquer das partes, sendo a questão quanto a sua aplicação resolvida pela "análise dos seus requisitos sem que haja um predisposição de atuação para nenhum dos polos da relação jurídica."¹⁶⁵

5.2 FORMA E MOMENTO DE ALEGAÇÃO DA MODULAÇÃO

É importante verificar se a modulação pode ser feita de ofício pelo tribunal ou não. Peixoto (2016, p. 283), ao se posicionar pela possibilidade de modulação de ofício, o faz com fundamento nos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. De acordo com o autor

eles impõem um dever ao Poder Judiciário de tutelar essas normas jurídicas quando há uma quebra de estabilidade que possa criar uma instabilidade sistêmica ou violar a confiança legítima dos jurisdicionados, que praticaram condutas com base no precedente superado.¹⁶⁶

Assim, como nos casos de superação de precedentes a quebra de estabilidade é gerada pelo próprio Poder Judiciário que modifica um entendimento seu consolidado acerca de determinada matéria, exsurge a necessidade de modulação de efeitos, por ser essa uma técnica valiosa para garantir uma tutela

¹⁶⁴ *ibidem*, p. 394.

¹⁶⁵ *ibidem*, p. 396.

¹⁶⁶ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. *Op. Cit.* p. 283.

adequada tanto à segurança jurídica quanto à confiança legítima. Daí porque o autor trata a questão da modulação como um dever inerente ao exercício da atividade jurisdicional, devendo o tribunal dela conhecer de ofício, independentemente de qualquer provocação.

Nesse mesmo sentido, Gonçalves e Assis (2016, p. 366) afirmam que uma interpretação sistemática e teleológica do art. 927 e de seus parágrafos leva à conclusão de que o STF e o STJ, ao modificarem a sua jurisprudência consolidada

têm o dever inafastável de deliberar sobre a modulação temporal dos efeitos da decisão revogadora, limitando a sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos a partir da publicação do novo entendimento (efeito *ex nunc*) ou de outra data que for estabelecida pela Corte (efeito pró-futuro). Não podem esses tribunais simplesmente calar-se sobre a viabilidade ou não de efetuarem o *prospective overruling*.¹⁶⁷

Ainda conforme os autores, "a ponderação de valores, a justificar ou não a modulação temporal, há sempre que ser feita quando se revoga um precedente."¹⁶⁸

Isso não impede, obviamente, que a questão da modulação seja levantada pelas partes, questionando-se, então, qual seria o meio processual adequado para isso, sobretudo no tocante à viabilidade de se suscitar a modulação mediante embargos de declaração.

Peixoto (2016, p. 277) informa que o entendimento inicial do STF era do descabimento da utilização dos embargos de declaração, em virtude do caráter essencialmente declaratório das decisões proferidas em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, uma vez que, sendo os efeitos dessas decisões

¹⁶⁷ GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo código de processo civil - CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 258, p. 357-385, ago. 2016, p. 366.

¹⁶⁸ *idem*.

retroativos, não haveria propriamente omissão no julgado que deixasse de fazer referência à modulação.¹⁶⁹

Entretanto, segundo o autor, o STF, posteriormente, passou a entender o tema da modulação de forma mais ampla, admitindo que houvesse a utilização dos embargos de declaração, seja nas hipóteses de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, seja nos casos de superação de precedentes.

Vale citar, nesse sentido, o voto do Min. Gilmar Mendes nos embargos de declaração no RE n.º 598.099/MS, quando afirmou não haver dúvidas quanto à possibilidade do STF conhecer do pedido de modulação de efeitos em sede de embargos de declaração, o que se admite, também, em casos de mudança de orientação jurisprudencial.¹⁷⁰

Outro ponto que merece consideração é o que toca ao momento da alegação da modulação. Sobre esse aspecto, Peixoto (2016, p. 284) destaca que a modulação pode ser objeto de requerimento prévio à decisão do tribunal sobre o tema que requer alteração prospectiva, dando-se, preferencialmente, na primeira manifestação dirigida ao tribunal competente para realizá-la.¹⁷¹ O autor cita que o requerimento serviria "como uma espécie de *ultima ratio* de proteção da segurança jurídica e da confiança legítima"¹⁷², podendo ser requerida, também, durante a sustentação oral.

5.3 NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO

O NCPC dispõe no seu art. 10 que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trata de matéria sobre a qual deva decidir de ofício." Fala-se que existe uma vedação na utilização, na

¹⁶⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. *Op. Cit.* p. 277.

¹⁷⁰ STF, Tribunal Pleno, RE 598.099 ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/12/2012, DJe-247 18/12/2012.

¹⁷¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. *Op. Cit.* p. 284.

¹⁷² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. *Op. Cit.* p. 285.

fundamentação do magistrado, de questões de fato e de direito não submetidas ao crivo do contraditório entre as partes.¹⁷³ Daí por que cabe questionar se essa necessidade de contraditório vale também para a decisão acerca da modulação dos efeitos.

Considerando que princípio do contraditório deriva do devido processo legal e serve como meio para garantir a participação das partes no processo decisório, não apenas no sentido de poder de comunicação, mas, sobretudo, no exercício do poder de influência, isto é, na possibilidade da parte interferir com argumentos que possam interferir no conteúdo decisório¹⁷⁴, há autores que defendem a necessidade de prévio contraditório entre as partes especificamente acerca da questão da modulação.

Justamente por se tratar de uma questão diversa da que se discute no mérito do processo, Ávila (2011, p. 574) diz ser "indispensável que a questão da modulação do efeitos seja objeto de um debate distinto", já que "como as razões são diferentes e não têm relação necessária com os argumentos relativos ao mérito, deve o julgador ouvir as partes relativamente à própria modulação."¹⁷⁵ A título exemplificativo, o autor cita que os procedimentos de modulação de eficácia das decisões da Corte Europeia de Justiça envolvem a paralisação do julgamento, com a consequente oitiva das partes a respeito da eficácia da decisão.¹⁷⁶

Peixoto (2016, p. 318), ao também sustentar a necessidade de contraditório na decisão acerca da modulação dos efeitos, o faz por entender que ela possui mérito próprio, de modo que se torna necessário analisar os elementos que justifiquem ou não a confiança depositada pelas partes no entendimento anterior que se está modificando para que seja possível avaliar a ocorrência de violação ao princípio da segurança jurídica. Afirma, ainda, que justamente pelo caráter paradigmático dessa decisão de modulação, torna-se imprescindível que "todos os

¹⁷³ *ibidem*, p. 317.

¹⁷⁴ DIDIER, JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 16ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, pp. 55-56.

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: editora MALHEIROS, 2011, p. 574.

¹⁷⁶ *idem*.

argumentos relevantes apresentados pelos sujeitos processuais, especialmente os da posição rejeitada, sejam expressamente debatidos e rejeitados."¹⁷⁷

Como a modulação de efeitos gera um precedente bastante significativo para os outros jurisdicionados, o autor destaca a importância da participação de outros interessados que não apenas as partes envolvidas no processo no debate, como a intervenção do *amicus curiae*, como um meio de melhorar qualitativamente a decisão mediante o aumento de sujeitos no diálogo.¹⁷⁸

5.4 QUORUM

Questão relevante para a determinação quanto à possibilidade de modular os efeitos da decisão que modifica a jurisprudência consolidada de um Tribunal Superior é a que diz respeito ao quorum necessário para tanto, isto é, se basta que a maioria dos julgadores que compõem o órgão judicial decidam pela modulação para que essa se efetive ou se é preciso um quorum qualificado para tanto.

A dúvida quanto ao quorum decorre da previsão contida no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 - que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal - quanto à necessidade de aprovação por dois terços do seus membros para que os efeitos da declaração tenham eficácia prospectiva, *in verbis*

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.

¹⁷⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. *Op. Cit.* p. 318.

¹⁷⁸ *idem*.

Com isso, torna-se imperativo questionar se a observância relativa ao quorum de dois terços exigidos para a modulação nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade não seria aplicável, por analogia, à modulação nas hipóteses de alteração jurisprudencial, já que, como adverte Peixoto (2016, p. 305), "os julgamentos realizados em tribunais, em geral, exigem apenas o quorum de maioria relativa para que a questão seja julgada."¹⁷⁹

Segundo o autor, o NCPD, ao autorizar a modulação dos efeitos, praticamente copia o art. 27, da Lei 9.868/99, contudo, sem fazer referência alguma ao quorum necessário para a modulação. Entretanto, entende que não se trata de uma omissão que justifique a aplicação analógica do quorum de dois terços prevista para o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e que a falta de dispositivo expresso definindo o quorum necessário para as deliberações apenas significa que deverá ser seguido o tradicional, ou seja, o de maioria relativa. Assim, conclui que

apenas nos casos em que a legislação expressamente impõe um quorum qualificado é que ele é modificado, não existindo tal previsão para a modulação de efeitos na superação de precedentes. Assim, o quorum para a decisão de modulação de efeitos na superação de precedentes será o mesmo utilizado para as demais decisões (maioria relativa), não sendo adequada a aplicação analógica dos artigos que fazem referência ao tema no controle abstrato de constitucionalidade.¹⁸⁰

Nogueira (2013, p. 137) também adota a posição de que para a modulação não se faz necessária a observação do quorum de dois terços dos membros dos julgadores, sendo a decisão tomada pela maioria relativa suficiente para a aplicação prospectiva dos efeitos do novo precedente. O autor, entretanto, sugere que os Tribunais "regulem a questão em seus regimentos internos."¹⁸¹

No âmbito dos tribunais, a questão relativa ao quorum necessário para a modulação dos efeitos ainda não foi resolvida, entretanto, já houve discussão quanto

¹⁷⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. *Op. Cit.* p. 305.

¹⁸⁰ *ibidem*, pp. 309-310.

¹⁸¹ NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. **Modulação dos efeitos das decisões no processo civil**. 2013. 257 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013, p. 137.

à possibilidade de aplicação por analogia do art. 27, da Lei 9.868/99 ao casos de mudança jurisprudencial. No Recurso Extraordinário n.º 630.733, o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se pela inaplicabilidade do aludido artigo às hipóteses de alteração de precedentes, dado que o referido dispositivo legal reserva-se aos casos de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, conforme se verifica no seguinte excerto extraído do voto do Ministro:

ressalte-se, neste ponto, que não se trata aqui de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, a qual pode suscitar a *modulação dos efeitos* da decisão mediante a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. O caso é de substancial *mudança de jurisprudência*, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que impõe ao Tribunal, tendo em vista razões de *segurança jurídica*, a tarefa de proceder a ponderação das consequências e o devido ajuste do resultado, adotando a técnica de decisão que possa melhor traduzir a mutação constitucional operada.¹⁸²

Ravi Peixoto observa que, muito embora o resultado da discussão quanto à aplicabilidade, ou não, do art. 27, da Lei 9.868/99 para os casos de mudança jurisprudencial possa revelar, mesmo que indiretamente, qual o quorum necessário para a modulação, essa questão foi especificamente debatida apenas no Recurso Extraordinário n. 377.457, no qual foi negado o requerimento de modulação dos efeitos da decisão por não se ter atingido o quorum de dois terços. Ocorre que contra essa decisão foram opostos embargos de declaração com reiteração do pedido de modulação, os quais estão pendentes de julgamento.¹⁸³

Assim, o autor conclui que, até o momento, o STF, embora por diversas vezes tenha afastado a aplicação por analogia do art. 27, da Lei 9.868/99 para a modulação dos efeitos, vem exigindo o quorum de dois terços para a sua concretização. Contudo, a posição do Supremo quanto ao quorum necessário para a modulação somente será conhecida quando do julgamento dos aludidos embargos de declaração.

¹⁸² STF, Tribunal Pleno, RE 630.733, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/05/2013, DJe-228 20/11/2013.

¹⁸³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. *Op. Cit.* p. 307.

6 MODALIDADES DE EFEITOS

São duas as modalidades de efeitos que podem ser aplicadas ao novo precedente: retroativa ou prospectiva. A regra, contudo, é de que essa nova norma seja retroativa, sobretudo quando se questiona se a aplicação de efeitos prospectivos estaria dentro da função judicial uma vez que, conforme Peixoto (2016, p. 242)

em tese, ao Poder Judiciário tão somente incumbe resolver o caso concreto e, com isso, fatos passados, logo, todas as decisões deveriam ter eficácia *ex tunc*. Simplesmente não estaria dentro dos poderes dos juízes a modulação de efeitos porque a eles caberia, tão somente, interpretar adequadamente os textos normativos. A criação de situações de transição caberia, apenas, aos legisladores.¹⁸⁴

Ainda segundo o autor, compete à doutrina e à jurisprudência o desenvolvimento da modulação, de modo que, sempre que houver a superação de um precedente com omissão quanto a sua eficácia temporal, presumir-se-á essa como sendo retroativa, admitindo-se a eficácia prospectiva, portanto, apenas quando a decisão revogadora expressamente a previr.¹⁸⁵

Os motivos pelos quais se entende que a regra seria retrativa já foram tratados no capítulo 2 deste trabalho, razão pela qual se falará um pouco sobre as implicações causadas pela retroação dos efeitos.

6.1 EFEITOS RETROATIVOS

A doutrina aponta duas espécies de eficácia retroativa: a pura e a clássica. A aplicação retroativa clássica seria aquela na qual o tribunal aplica a nova decisão aos fatos ocorridos antes da formação do novo precedente, excetuando aqueles que já transitaram em julgado. A aplicação retroativa pura, por outro lado, faz com que o novo entendimento alcance todos os fatos passados, inclusive

¹⁸⁴ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. op. cit. p. 242.

¹⁸⁵ *ibidem*, p. 244

aqueles relativos a decisões transitadas em julgado.¹⁸⁶ Como a diferença entre essas duas formas de modulação retroativa centra-se na possibilidade ou não da aplicação do novo precedente para fins de desconstituição da coisa julgada, é sobre isso que trataremos a seguir.

6.1.1 RETROATIVIDADE E DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA

A discussão acerca do desfazimento da coisa julgada em razão da superveniência de um novo entendimento jurisprudencial ganhou folêgo em virtude da autorização de ajuizamento de ação rescisória por violação de norma jurídica prevista no art. 966, V do NCPC, *in verbis*

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V - violar manifestamente norma jurídica

Jaldemiro Ataíde Rodrigues Jr. explica que o STF admite, em matéria constitucional, a ação rescisória por violação à lei quando a sentença transitada em julgado tenha se fundamento em interpretação que era ou venha a se tornar contrária à sua orientação jurisprudencial, pouco importando se a sentença, à época da formação da coisa julgada, estava em consonância com sua jurisprudência e, posteriormente, passou a destoar do entendimento da Corte em razão da superveniência de um novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial. Diante disso, o autor defende, então, que "a decisão do STF, que se afigure um novo precedente em sentido não surpreendente, deve ensejar ação rescisória por afronta à lei."¹⁸⁷

¹⁸⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.* p. 504.

¹⁸⁷ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC.** In: ADONIAS, Antônio (Coord); DIDIER JR., Fredie (Coord). *Projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos.* Bahia: JusPodvm, 2012, pp. 385-386.

Nesse caso, diz o autor, não haveria prejuízo considerável à regra da irretroatividade da norma jurídica pois o novo precedente em sentido não surpreendente apenas constitui uma norma que não pode ser considerada uma novidade propriamente dita porquanto nesse caso o que o STF faz é eleger uma interpretação corrente à época. Logo, entende que essa situação

não causa grande surpresa à comunidade jurídica; primeiro, porque se sabe de antemão que a interpretação definitiva da Constituição é dada pelo STF; segundo, porque a norma jurídica construída era plenamente previsível ao tempo, de forma que não há que se falar em afronta à confiança e à boa-fé objetiva.¹⁸⁸

As mesmas considerações são feitas para os casos em que o STJ inaugura um precedente considerado como não surpreendente sobre matéria de sua competência.

Entretanto, o entendimento doutrinário majoritário é de que em hipótese alguma a sentença acobertada pela coisa julgada possa ser atingida pela aplicação de efeitos retroativos de um novo entendimento jurisprudencial. Pelo menos é assim que pensa Elpídio Donizetti ao afirmar que, no âmbito do STF prevalece o entendimento de que a jurisprudência não deve retroagir para atingir a coisa julgada, mesmo que o "o pano de fundo" se refira à matéria constitucional.¹⁸⁹

A posição do autor está embasada no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 590.809/RS no qual, nas palavras do Relator Ministro Marco Aurélio estava "em jogo saber se a rescisória é instrumental voltado à uniformização da jurisprudência."¹⁹⁰ Em seu voto, o Ministro diz não poder admitir, sob pena sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a hipótese da rescisória

¹⁸⁸ *ibidem*, p. 387.

¹⁸⁹ DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em 12 out. 2016.

¹⁹⁰ STF, Tribunal Pleno, RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/10/2014, Dje 24/11/2014, relatório, p. 08.

conformar os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo.¹⁹¹

A esse respeito, Marinoni (2016, p. 110) diz que

a coisa julgada, como técnica de proteção da segurança jurídica, tem mais força do que o respeito aos precedentes. O precedente é destinado a garantir a estabilidade da aplicação do direito, enquanto a coisa julgada garante a inalterabilidade da aplicação do direito em determinado caso concreto. Ao contrário do que ocorre em relação à coisa julgada, a estabilidade garantida pelo precedente não é absoluta, na medida em que os precedentes podem ser revogados. O judiciário pode deixar de interpretar a lei em determinado sentido, mas a interpretação da lei, cristalizada em sentença acobertada pela coisa julgada, jamais poderá ser alterada de modo a roubar o benefício outorgado àquele que obteve a tutela jurisdicional do direito.¹⁹²

Peixoto (2016, p. 267) destaca que o fenômeno da coisa julgada possui uma íntima relação com o princípio da segurança jurídica e a sua não adoção "geraria uma possibilidade eterna de repetição das demandas, possibilitando uma reviravolta contínua no andamento das relações jurídicas, algo não desejado, em face dos valores constitucionalmente protegidos."¹⁹³

Logo, pondera que

a proteção concedida pela segurança jurídica e pela proibição do comportamento contraditório recebem outra dimensão quando uma determinada situação fática é acobertada pela coisa julgada material. Passa a existir uma *imutabilidade de sentido*. Passa a não existir mais qualquer meio ordinário para a rediscussão do mérito da causa, não se podendo admitir que toda e qualquer superação do precedente possa ter aptidão de desconstituir a coisa julgada produzida anteriormente em um caso concreto. Mais do que a legislação e o entendimento jurisprudencial consolidado, a coisa julgada concretiza de forma mais eficaz a segurança jurídica, sendo dirigida a sujeitos e casos específicos.¹⁹⁴

¹⁹¹ STF, Tribunal Pleno, RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/10/2014, Dje 24/11/2014, voto, p. 12.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. *op. cit.*, p. 110.

¹⁹³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. *op. cit.* p. 268.

¹⁹⁴ *idem*.

Por essas razões, o autor desconsidera qualquer possibilidade de aplicação retroativa pura do novo entendimento jurisprudencial ao concluir que, conquanto a regra relativa à modulação seja a eficácia retroativa dos precedentes, isso deve ocorrer sem que sejam atingidos os processos com trânsito em julgado, posto que "a qualidade da coisa julgada que adere à decisão fortalece a proteção da confiança dos jurisdicionados que não pode ser simplesmente ignorada."¹⁹⁵

6.2 EFEITOS PROSPECTIVOS

Como já mencionado neste trabalho¹⁹⁶, é comum que a regra seja a retroatividade do novo entendimento. Mas isso não é uma peculiaridade do ordenamento jurídico brasileiro. Gonçalves e Assis (2016, p. 358) informam que

"tradicionalmente, tanto nos ordenamentos jurídicos da tradição do common law quanto naqueles da família civil law, a regra é a retroatividade. Isso se deve, segundo os autores, "à forte influência que as teorias declaratórias da atividade jurisdicional exerceram no Reino Unido e na Europa continental, especialmente na Alemanha, por influência, desde o século XIX, da doutrina da Escola Histórica do Direito, capitaneada por Savigny, e na França, onde, desde a Revolução de 1789, a doutrina recusou com veemência o papel criativo dos tribunais"¹⁹⁷

Daí porque a revogação prospectiva não é admissível na França, é considerada uma prática bastante incomum e excepcional na Alemanha e é vedada na Itália, onde se entende que os julgamentos das cortes superiores devem referir-se apenas aos respectivos casos concretos.¹⁹⁸ Segundo os autores, a doutrina da revogação prospectiva conseguiu certo desenvolvimento nos Estados Unidos em virtude da "forte inspiração das doutrinas do Realismo Jurídico e do Pragmatismo, que reconheciam abertamente o poder de criação do Direito pelos juízes."¹⁹⁹

¹⁹⁵ *ibidem*, p. 263.

¹⁹⁶ Nesse sentido, ver o capítulo 2.

¹⁹⁷ GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo código de processo civil - CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 258, p. 357-385, ago. 2016, p. 358.

¹⁹⁸ *idem*.

¹⁹⁹ *idem*.

Mas e no Brasil? Como deverão ser modulados os efeitos do novo precedente a partir do NCPC? É sobre isso que se falará agora, com a apresentação de posições favoráveis à adoção da revogação com efeitos prospectivos e as variantes pelas quais esses podem se dar.

6.2.1 PROSPECTIVIDADE COMO REGRA A PARTIR DO NCPC?

A eficácia prospectiva, sobretudo após o advento do NCPC, passou a ser vista por alguns autores como sendo a regra para a modulação dos efeitos. Pelo menos é essa a visão de Flexa, Macedo e Bastos (2016, p. 652) ao manifestarem concordância com o preceituado no enunciado n. 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual

pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto.²⁰⁰

Seguindo essa linha, Santiago e Chaves (2016, p. 447) propõem que seja feita uma interpretação expansiva do referido dispositivo legal. Para eles, O NCPC, ao expor em seu art. 1º que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil", manifesta uma forte ligação com o garantismo constitucional, caracterizado por se basear na força normativa dos direitos fundamentais.²⁰¹

Com isso, considerando que o

garantismo constitucional demanda a observância e concretização dos direitos fundamentais, é de se considerar que a alteração da jurisprudência, por se constituir inovação no

²⁰⁰ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo código de processo civil: temas inéditos, mudanças e supressões**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

²⁰¹ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3.º, do NCPC. **Revista de processo**. São Paulo, vol. 259, p. 437-468, set. 2016, p. 447.

precedente, que é fonte do Direito, não pode, como regra, basear-se na retroatividade e, apenas por exceção, em irretroatividade (*prospective overruling*). É dizer, a força normativa dos preceitos da segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança, por exemplo, demanda considerar a irretroatividade como a regra, não como exceção, tal como sucede com as inovações na ordem normativa em geral.²⁰²

Ou seja, para os autores o § 3º do art. 927 do NCPC apenas estará compatibilizado com a Constituição da República se for interpretado conforme os direitos e garantias fundamentais nela expressos, o que

implica considerar que a mudança na jurisprudência dominante somente pode produzir efeitos prospectivos, já que a inovação na ordem jurídica não pode comprometer, retroativamente, as ações e razões, estratégicas e comunicativas, dos atores sociais, os quais planejam e projetam suas ações, não somente em função da legislação - atuando, inclusive, nos debates políticos sobre as propostas legislativas de alterações, como sujeitos sociais ativos, mas também em função da jurisprudência dos tribunais, em vista do seu pragmático caráter normativos.²⁰³

Isso porque, interpretar o aludido dispositivo na sua forma literal, considerando a revogação prospectiva como exceção, significaria uma violação a direitos fundamentais, "o que não pode se compatibilizar com o Estado Democrático de Direito, que deve preservar a confiança, a estabilidade e a segurança jurídica."²⁰⁴

6.2.2 EFEITOS PROSPECTIVOS E SUAS VARIANTES

A revogação prospectiva ostenta três variantes de aplicação: diz-se *pura* quando o novo precedente aplica-se apenas aos fatos posteriores, sequer sendo aplicado às partes litigantes, *clássica* quando o novo precedente aplica-se apenas aos fatos novos, com exceção das partes no caso concreto que serão abrangidas pelo novo precedente e, ainda, *a termo*, nas hipóteses em que o tribunal fixa uma data ou condição para a eficácia do precedente.²⁰⁵

²⁰² *ibidem*, p. 448.

²⁰³ *idem*

²⁰⁴ *ibidem*, p. 449.

²⁰⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.* p.

Didier Jr., Oliveira e Braga (2016, p. 504) ressaltam que as diversas eficácias existentes para a revogação geram, além da dificuldade na padronização decisória da decisão de modulação, o desafio de encontrar a moldagem da eficácia adequada a cada caso concreto.²⁰⁶

Como exemplo dessa dificuldade, os autores apontam que caso a aplicação prospectiva pura venha a se tornar a regra de eficácia temporal da modulação, ela acabará funcionando como um desestímulo às partes que pretendem modificar o entendimento então vigente, pois mesmo que alcancem a mudança desejada, essa não as beneficiará.

Especificamente sobre esse aspecto, Ávila (2011, p. 575) diz que a atribuição de efeitos prospectivos inclusive para o caso percusor conduz à restrição excessiva do direito fundamental de proteção judicial.²⁰⁷ A esse respeito, Peixoto (2016, p. 271), conquanto reconheça se tratar de um argumento interessante, diz que não se pode observá-lo como definitivo, isso porque

da mesma forma que a parte que consegue a vitória tem o direito fundamental de proteção judicial, a outra também o possui. Ela teria efetivamente confiado e atuado de boa-fé com base no posicionamento anterior. [...] Ela atua durante um longo processo judicial de forma a defender um posicionamento consolidado pelo Poder Judiciário, no qual confiou para atuar de determinada forma e, caso o novo precedente possua entendimento retroativo, terá atuado esperando pão, mas receberá pedra.²⁰⁸

O autor aponta que essa forma de modulação pode se revelar interessante àqueles que habitualmente litigam em causas repetitivas, já que "uma eventual superação de um entendimento desfavorável a um litigante habitual irá trazer efeitos futuros a ele em outras demandas"²⁰⁹, isso porque o que importa é a repercussão do novo entendimento nas situações semelhantes no futuro.

²⁰⁶ *idem.*

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** *op. cit.*, pp. 576-577.

²⁰⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica.** *op. cit.* p. 271.

²⁰⁹ *ibidem*, p. 272.

Marinoni (2016, p. 273) informa que o uso indiscriminado da aplicação prospectiva pura elimina a necessidade de os advogados analisarem como os precedentes são vistos pela doutrina e pelos tribunais, isso porque

a investigação e a análise do advogado não seria sequer necessária, já que ao jurisdicionado bastaria a mera existência do precedentes, pouco importando o grau da sua autoridade ou força e, assim, a possibilidade ou a probabilidade da sua revogação. Assim, o uso inadequado do *prospective overruling* de um lado torna desnecessária a análise de se a tutela da segurança jurídica e da confiança fundamentam a não retroatividade dos efeitos do *overruling*, e, de outro, constitui obstáculo ao desenvolvimento do direito. Na verdade, desta forma, o direito deixaria de ser visto como algo em permanente construção, negando-se o fundamento que deve estar à base de uma teoria dos precedentes.²¹⁰

Sobre esse caráter atribuído à aplicação prospectiva pura de que ela constitui um impedimento ao desenvolvimento da jurisprudência pelo possível desestímulo causado às partes na busca pela alteração do precedente em vigor, Lucca (2016, p. 382) tece algumas críticas. Segundo o autor, o Direito deve evoluir por alterações legislativas e não jurisprudenciais, posto que seria ilógico promover a evolução do Direito em detrimento da segurança. Diz, ainda, que o jurisdicionado não deve ser encorajado a ingressar em aventuras judiciais na esperança de que a jurisprudência seja alterada em seu caso. Por fim, argumenta não competir ao jurisdicionado a promoção da evolução do Direito mediante insurgências contínuas contra a jurisprudência, devendo, inclusive, tal comportamento ser coibido pelos juízes.²¹¹

No tocante às revogações prospectivas a termo e clássica, Marinoni (2011, p. 256) salienta que, muito embora se busque com elas efetivar o princípio da segurança jurídica e proteger a confiança nos atos do Poder Público, podem delas advir resultados ou decisões inconsistentes. Isso porque, com a revogação a termo, "as situações e relações que se formam depois da decisão são tratadas de modo diverso, conforme tenham se estabelecido antes ou depois da data prevista na

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. *op. cit.*, p. 273.

²¹¹ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. Coordenador Fredie Didier Jr. 2ª ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 383.

decisão, ainda que esta tenha declarado a ilegitimidade do precedente."²¹² Já no que tange à revogação prospectiva clássica, a sua admissão em relação a apenas um caso ou somente ao caso sob julgamento faz com que todos os outros casos passados sejam tratados à luz do precedente antigo, mesmo após a declaração da perda de sua autoridade.

A título exemplificativo dessa última situação, o autor relata o caso *Molitor vs. Kaneland Community* ocorrido nos Estados Unidos, na Corte de Illinois, em que foi revogado um precedente que conferia imunidade municipal, o que resultou na responsabilização do município pelos danos sofridos por Thomas Molitor em um acidente de ônibus escolar. Ocorre que, como ficou decidido que a nova decisão não seria aplicada a casos anteriores, exceto o de Thomas, não demorou para a Corte perceber a inconsistência dessa decisão, pois como havia outras crianças no ônibus (das quais, três delas eram irmãs de Thomas) e que deveriam ser tratadas de forma idêntica, a elas também deveria ser aplicado o novo entendimento.²¹³

Como visto, a simples adoção da modulação prospectiva não é suficiente para garantir a efetivação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, face à possibilidade de geração de decisões inconsistentes. Entretanto, existe uma técnica que permite minimizar esses efeitos adversos da modulação prospectiva: o *signaling*.

6.2.3 SIGNALING

O *signaling* é uma técnica alternativa à revogação prospectiva²¹⁴, que ocorre quando um tribunal, ao perceber a desatualização de um precedente, "anuncia que poderá modificá-lo, fazendo que ele se torne incapaz de servir como

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Vol. 906, p. 255-284, abr. 2011, p. 256.

²¹³ *ibidem*, p. 257.

²¹⁴ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. Coordenador Fredie Didier Jr. 2ª ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 375.

base para a confiança dos jurisdicionados.²¹⁵ O tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação.²¹⁶

A finalidade da técnica da sinalização é, portanto, comunicar aos jurisdicionados e aos advogados que o precedente está em vias de ser revogado.²¹⁷ Trata-se de uma técnica que serve de moldagem da eficácia temporal para quando o precedente for efetivamente revogado, atuando como parâmetro inicial da revogação prospectiva.²¹⁸

Muito embora a jurisprudência anterior continue sendo respeitada, o tribunal, por meio do *signaling*, informa formalmente que os jurisdicionados não devem mais confiar naquele entendimento.²¹⁹ Isso ocorre especialmente quando os tribunais percebem que, em alguns casos, é melhor manter o precedente do que revogá-lo. Marinoni (2016, p. 243) aponta que isso pode acontecer "quando a segurança jurídica justifica a manutenção do precedente até que os jurisdicionados tenham plena consciência de que não mais devem considerá-lo para pautar as suas atividades".²²⁰ Sinaliza-se, então, para a perda de autoridade do precedente então vigente, apontando que ele poderá a ser revogado em breve.

Objetiva-se, tão somente, prevenir os jurisdicionados de alterações abruptas e inesperadas, alertando-os para possíveis mudança de entendimento,²²¹ de modo que "caso o precedente venha a ser revogado, o Judiciário certamente não

505. ²¹⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.* p.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. *op. cit.*, p. 237.

²¹⁷ *ibidem*, p. 242.

505. ²¹⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.* p.

²¹⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. Coordenador Fredie Didier Jr. 2ª ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 375.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. *op. cit.*, p. 243.

²²¹ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 221, p. 13-48, jul. 2013, p. 18.

poderá ser acusado de ter violado a confiança legítima nele depositada pelos jurisdicionados."²²²

Marinoni (2016, p. 242) ressalta que o *signaling* pode servir como uma alternativa à imediata superação do precedente, de modo que a partir dessa técnica, os efeitos da futura superação poderão ser modulados de acordo com o impacto da sinalização na realidade social, isto é, "se considerada a área em que o precedente incide, o impacto da sinalização foi retardado ou esmorecido ou não atingiu determinada faixa de negócios"²²³ os efeitos da revogação podem ser modulados de forma a "não abarcar, de maneira absoluta, todas as situações posteriores à decisão em que se fez a sinalização."²²⁴

Conforme Lucca (2016, p. 375) o NCPC positivou, de certo modo, uma espécie de sinalização, ao prever a possibilidade de que as mudanças jurisprudenciais sejam precedidas de audiências públicas e de participação de pessoas, órgãos ou entidades que possa contribuir para a rediscussão da tese.²²⁵ Nessa mesma linha, diz o enunciado n.º 320 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que "os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros."²²⁶

²²² LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. Coordenador Fredie Didier Jr. 2ª ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 375.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. *op. cit.*, p. 242.

²²⁴ *idem*.

²²⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. Coordenador Fredie Didier Jr. 2ª ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 375.

²²⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.* p. 506.

CONCLUSÃO

Diante do exposto neste trabalho, conclui-se que:

1. O § 3º do art. 927 do NCPC, ao autorizar a modulação de efeitos das decisões do STF e dos Tribunais Superiores que signifiquem uma alteração de jurisprudência consolidada, justamente por não especificar o que se deve entender por jurisprudência consolidada, não restringe a aplicação da modulação a um rol fechado de decisões, cabendo aos próprios tribunais firmarem entendimento quanto a quais delas será possível discutir o cabimento da modulação de efeitos;

2. A modulação tem por objetivo principal impedir que a mudança de entendimento pelos tribunais acerca da interpretação de uma norma interfira em situações consolidadas sob a égide do entendimento então revogado. Trata-se, pois, de uma alternativa à regra de atribuição de efeitos *ex tunc* às decisões judiciais;

3. Os fundamentos que sustentam a aplicação da modulação são: o princípio da irretroatividade das leis (normas) - e aqui fala-se em norma como o produto derivado da interpretação da lei -, o princípio da segurança jurídica, a boa-fé objetiva e a proteção da confiança legítima. Todos esses fundamentos, embora possuam características próprias, trabalham com a ideia de que um novo precedente não pode frustrar as expectativas daqueles que legitimamente confiaram e se comportaram de acordo com o precedente antigo;

4. Alguns requisitos devem ser observados para que uma decisão possa ter os seus efeitos modulados. Neste trabalho foram destacados três: a necessidade de que essa decisão signifique, de fato, uma alteração jurisprudencial; que o novo entendimento decorrente dessa alteração represente uma verdadeira modificação na linha jurisprudencial, com capacidade de causar surpresa aos jurisdicionados; e que o precedente está sendo revogado goze de legitimidade, isto é, que seja possível identificar nele elementos que avalizem a confiança que lhe fora depositadas pelos jurisdicionados;

5. Embora existam posições doutrinárias contrárias à modulação de efeitos em favor de entes públicos, ficou demonstrado que é possível que eles sejam sujeitos beneficiários da técnica, sobretudo quando tiverem pautado as suas condutas em razão da confiança depositada no precedente revogado e não terem sido eles a dar causa a alteração do precedente;

6. A modulação pode ser realizada de ofício pelos tribunais ou ser suscitada por meio de embargos de declaração. Como trata-se de uma decisão que, como já dito,²²⁷ tem mérito próprio, é necessário que haja um debate prévio sobre ela, sendo devidamente submetida ao contraditório pelas partes. No tocante à questão do quórum necessário para a deliberação acerca da modulação, não foi possível chegar a uma conclusão definitiva neste trabalho, mas, partindo do que restou decidido no RE n. 377.45, tudo indica que o quórum de dois terços será o exigido;

7. Quando os efeitos não são aplicados prospectivamente, a retroatividade do novo precedente não autoriza a desconstituição da coisa julgada, e que isso se dá justamente para concretizar o princípio da segurança jurídica. Assim, caso uma alteração de entendimento seja aplicada retroativamente, a eficácia retroativa pura parece ser a mais adequada;

8. Se não é possível afirmar que a modulação prospectiva se tornou a regra com o NCP, pode-se pelo menos dizer que, com o seu advento, as bases do dogma da retroatividade foram abaladas. O certo é que já existem posições doutrinárias favoráveis à aplicação prospectiva como regra, restando observar, agora, como irão decidir os tribunais quando a questão da modulação for suscitada com base no § 3 do art. 927 do NCP;

9. A simples adoção de efeitos prospectivos não garante a proteção do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, já que, como visto,²²⁸ as variantes nas quais essa modalidade de efeito se apresentam possuem, cada uma, seus próprios problemas, ora desestimulando os jurisdicionados a buscarem uma

²²⁷ Ver capítulo 5.3, p. 51.

²²⁸ Capítulo 6.2.2, pp. 61-64.

alteração do entendimento vigente, ora dando azo à construção de um sistema onde haverá decisões inconsistentes. Ao que tudo indica, a solução sempre dependerá das características do caso concreto, vide o exemplo *Molitor vs. Kaneland Community* extraído da experiência americana;

10. A adoção de técnicas preparatórias para a modulação prospectiva, como o *signaling*, é de grande importância para minimizar eventuais problemas decorrentes dessa modalidade de modulação. Seria interessante, inclusive, o seu desenvolvimento pelo doutrina e jurisprudência brasileira a fim de que seja possível aplicá-la como um dos requisitos à modulação prospectiva;

11. A hipótese levantada no início do trabalho, após a pesquisa, parece se confirmar: a mera autorização legal para a modulação é incapaz de garantir a segurança jurídica quando os tribunais modificarem os seus precedentes. Para isso, acredita-se que será necessário o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema até que seja alcançada uma sistematização mínima, com critérios bem definidos, quanto às hipóteses em que a alteração jurisprudencial poderá se submeter à modulação.

BIBLIOGRAFIA

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rosrigues. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC.** In: ADONIAS, Antônio (Coord); DIDIER JR., Fredie (Coord). *Projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Bahia: JusPodvm, 2012.

ÁVILA, Ana Paula. **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 n.º 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** São Paulo: editora MALHEIROS, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais.** Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em 31 out.2016.

BRASIL, Código de Processo Civil. **Lei n.º 13.105/2015**, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 29 ago. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.596.978-RJ.** Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 07 de junho de 2016. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201596978>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo.** São Paulo, vol. 221, p. 13-48, jul. 2013.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário e o princípio da irretroatividade. **Revista Tributária das Américas.** São Paulo, vol. 2, p. 267-288, jul. 2010.

DIDIER, JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** 16ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil.** 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivum, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I.** 8ª ed. rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em 12 out. 2016.

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

GONÇALVES, Gláucio Maciel; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo código de processo civil - CPC/2015. **Revista de Processo.** São Paulo, vol. 258, p. 357-385, ago. 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes.** Coordenador Fredie Didier Jr. 2ª ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.** 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios.** 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENKE, Cassiano. **Irretroatividade tributária material: definição, conteúdo e eficácia.** São Paulo: editora Malheiros, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente - Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. **Revista de Processo.** São Paulo, vol. 206, p. 61-78, abr. 2012.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo.** São Paulo, vol. 245, p. 333-349, jul. 2015.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil - Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

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

NUNES, Dierle. OLIVEIRA JR., Délio Mota de. Jurisprudência Dominante no Novo Código de Processo Civil? **Empóriododireito**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/jurisprudencia-dominante-no-novo-codigo-de-processo-civil-por-dierle-nunes-e-delio-mota-de-oliveira-junior-2/>>. Acesso em 16 ago. 2016.

PEIXOTO, Ravi. **A modulação dos efeitos em favor dos entes públicos na superação de precedentes: uma análise da sua (im)possibilidade**. Revista de Processo, Vol. 246, p. 381-399 São Paulo. Ed. RT, ago 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3.º, do NCPC. **Revista de processo**. São Paulo, vol. 259, p. 437-468, set. 2016,

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao código de processo civil**. Coordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 415, p. 277-290, jan/jun. 2012.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA; Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - fundamentos e sistematização**. 3ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: editora Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12ª ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Precedente (treat like cases alike) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 235, p. 293-349, set. 2014.