

NOTAS ACERCA DA MODULAÇÃO DO ART. 927, § 3.º, DO CPC

NOTES ON PROSPECTIVE OVERRULING (ART. 927, § 3.º, CPC)

NOTAS SOBRE MODULACIÓN EN EL ARTÍCULO 927, § 3.º;
DEL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL

RESUMO:

O novo CPC admite que Cortes Superiores modulem os efeitos das alterações de jurisprudência firme e estável ou de precedentes vinculantes. Antes disso, só se falava em modulação em controle concentrado de constitucionalidade, e, muito excepcionalmente, no difuso.

ABSTRACT:

The new Brazilian Procedural Code admits that Superior Courts overrule their decisions with prospective effects, under some conditions and circumstances. Before that, the only case of prospective effects in Brazilian law was in judicial review, by our Supreme Court.

RESUMEN:

El nuevo CPC admite que los tribunales superiores modulen los efectos de los cambios en la jurisprudencia firme y estable o los precedentes vinculantes. Antes de eso, solo se hablaba de modulación en el control concentrado de la constitucionalidad y, muy excepcionalmente, en difuso.

PALAVRAS-CHAVE:

Mudança da jurisprudência, modulação, controle de constitucionalidade.

Como citar este artigo:

ALVIM, Thereza,
ALVIM, Teresa.

Notas acerca da
modulação do art.
927, § 3º, do CPC.

Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 31, 2019,
p. 87-99.

Data da submissão:
14/06/2019

Data da aprovação:
29/07/2019

KEYWORDS:

Overruling, prospective effects, Judicial review.

PALABRAS CLAVE:

Cambio de jurisprudencia, modulaci3n, control de constitucionalidad.

A primeira vez que a modula3o foi mencionada de modo expreso no direito positivo brasileiro foi em 1999, no art. 27 da Lei 9.868.

O legislador admitiu o que, em certos casos, a jurisprud4ncia do STF j3 vinha fazendo, mesmo antes da lei: protrair os efeitos da declara3o de inconstitucionalidade de uma lei ou de interpreta3o que lhe tivesse sido atribu3da.¹

A nosso ver, a lei tida por inconstitucional em controle concentrado 4 lei juridicamente inexistente.²

Alguns a qualificam de nula, j3 que seria uma lei natimorta. Nunca deveria ter produzido efeitos, porque incompat3vel com a Constitui3o.

Precisamente por isso 4 que, a nosso ver, a qualifica3o de juridicamente inexistente cai ainda melhor, se adequa de modo mais perfeito, 3 situa3o da lei inconstitucional: natimorta!

J3 observamos por v3rias vezes serem definitivamente independentes os planos da inexist4ncia, da invalidade e da inefic3cia. Atos inexistentes, bem como os nulos, podem produzir efeitos, se tiverem aptid3o material para tal.

“Atos nulos s3o os que n3o existem e n3o produzem efeitos” 4 uma afirma3o relativamente comum, mas inteiramente incompat3vel com o direito contempor3neo. Trata-se, de fato, de tr4s planos distintos.

Admitir a subsist4ncia de efeitos de lei tida por nula, ou, segundo o que nos parece melhor, juridicamente inexistente, n3o significa entend4-la como “menos viciada”. Significa respeitar a boa-f4 e tratar do direito a partir de uma postura pragm3tica: serve ao usu3rio e, portanto, n3o pode significar, para este, uma armadilha.

Al4m do respeito 3 confian3a que tinha o jurisdicionado na lei em vigor cuja presun3o 4 de constitucionalidade, devem-se levar em conta tamb4m o impacto social dos efeitos retroativos para decidir sobre a modula3o.

Uma postura ortodoxa, que privilegia a harmonia das conexões abstratamente consideradas, esteticamente agradáveis, encaixáveis num esquema lógico com que é fácil de lidar, vê a modulação como algo estranho. De fato, ortodoxamente, como admitir que certo texto normativo seja nulo, ou juridicamente inexistente, e permitir que subsistam seus efeitos? À luz de uma postura mais tradicional, isto seria inadmissível.

Mas enxergar pragmaticamente o direito leva à necessidade de que se aceitem institutos como a modulação. Segundo a ótica pragmática, produzir bons resultados, no plano da sociedade, é forte indicativo de que a solução deve ser adotada.

De fato, apagar inteiramente, de uma só vez, todos os efeitos produzidos por lei tida por inconstitucional pode, em muitos casos, gerar indesejável tumulto, impacto negativo, comprometendo indevidamente o equilíbrio jurídico criado pela presunção de constitucionalidade da lei.

Portanto, em nosso entender, argumentos consequencialistas devem, sim, ainda que secundariamente, ser levados em conta, no momento de se decidir dever ou não haver modulação, mas apenas no caso do controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, se protege a confiança, que o jurisdicionado deve poder ter nos atos do Estado, dimensão subjetiva da segurança jurídica, e, ao mesmo tempo, se evitam indesejáveis impactos na sociedade, decorrentes da retroatividade irrestrita da declaração de inconstitucionalidade da lei ou de certa interpretação que lhe tenha sido dada.

E, em nosso sentir, absolutamente inevitável e, de rigor, até mesmo desejável que a visão pragmática do direito oriente o órgão jurisdicional quanto a dever (ou não) haver modulação, no tempo, dos efeitos da decisão de procedência do controle concentrado. Entretanto, insistimos, devem ser levados em conta subsidiariamente, sempre gravitando em torno de argumentos jurídicos. Assim, e por isso, não deve ser considerado bastante para orientar decisão quanto à modulação dos efeitos de decisão em controle concentrado, que leva o contribuinte a uma situação mais favorável, o argumento de que o dinheiro que deixaria de ser arrecadado ou que deveria ser devolvido faria falta aos cofres públicos.³

O fato de se terem tornado mais frequentes os casos que se levavam ao Poder Judiciário para discutir a constitucionalidade de uma lei, e em que apagar inteiramente do mundo jurídico efeitos desta mesma lei,

que se viria a considerar inconstitucional, se revelava bastante complexo e impactante, foi o que gerou a tendência jurisprudencial de se atribuírem efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, mesmo em controle difuso, e, depois, de se consagrar na lei esta possibilidade.

Importante consignar, todavia, que a utilização indevida da modulação, transformando-a em regra, quando, na verdade, é exceção, pode ensejar mais insegurança jurídica e estimular a edição de leis inconstitucionais.

A possibilidade de que haja modulação vem sendo, cada vez mais, estendida também ao controle difuso.

O controle constitucional por meio do sistema incidental difuso ocorre no exercício normal da função jurisdicional, quando a questão constitucional desempenha papel de prejudicial em relação ao pedido (mérito). Este controle é realizado por todo e qualquer grau de jurisdição, inclusive pelo juízo singular. Nos Tribunais, incide a regra do full bench (art. 97 da CF).

O sistema do controle difuso, num país em que precedentes não são vinculantes pode, claramente, gerar problemas. Trata-se de sistema evidentemente mais adequado aos sistemas do common law.

Esta dificuldade foi parcialmente superada com a transformação das decisões de recursos extraordinários (avulsos) em precedentes vinculantes no sentido forte da expressão.⁴ Portanto, a situação do recurso extraordinário “avulso” (= não repetitivo) já está incluída no art. 927, § 3.º, do CPC. Tem-se usado a expressão recurso julgado “no regime da repercussão geral” para se referir, pura e simplesmente, ao recurso extraordinário não repetitivo, entre A e B.

Mesmo antes de haver previsão legal expressa, como se viu, a sensibilidade muitas vezes revelada, em primeiro lugar, na jurisprudência, já controlava a incidência dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade feita incidenter tantum. Princípios constitucionais eram a base destas decisões – como o da segurança jurídica e o da boa-fé objetiva – e são a base da previsão legal expressa.⁵

Por isso, a modulação da Lei 9.868/99, art. 27, não é, como dizem alguns, exceção à regra da nulidade da lei inconstitucional⁶ (a nosso ver, inexistência jurídica).

Amenizam-se, isto sim, os efeitos práticos, realizados no mundo

concreto, desta declaração, em função de outros valores, também de índole constitucional.

Na doutrina⁷, faz-se a distinção entre efeito executivo e normativo da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade. A eficácia normativa diz respeito ao ordenamento jurídico: assim, declara-se que a norma é inválida (para nós, juridicamente inexistente, porque incompatível com a Constituição Federal) e que não integra o direito objetivo brasileiro. Já a eficácia executiva liga-se ao plano dos fatos, opera-se no mundo empírico.

A eficácia normativa de uma ADIn diz respeito à circunstância de que a decisão de procedência redesenha o ordenamento jurídico, excluindo, deste conjunto de normas, uma delas, que, aliás, nunca deveria tê-lo integrado, porque já nasceu incompatível com a Constituição Federal. A eficácia dita executiva diz com o impacto desta decisão na vida das pessoas, no plano empírico. É perfeitamente possível distinguirem-se ambos os planos.

O art. 927, § 3.º do novo CPC trata da possibilidade de haver modulação num outro contexto: quando há alteração de jurisprudência predominante do STF e de Tribunais Superiores, e mudanças de orientação adotada em precedente vinculante.

Esta nova dimensão que se deu ao instituto da modulação decorre da consciência que tem o legislador brasileiro, no sentido de que decisões judiciais têm, em diferentes dimensões, carga normativa. Dito de outro modo: são NORMAS, são direito, são a pauta de conduta que orienta o agir do jurisdicionado.

Assim, se, em alguma medida, decisões judiciais são normas jurídicas, espraiando seus efeitos para além do caso concreto que decidem, devem-se reconhecer e estudar as consequências deste fenômeno. Dentre elas estão a necessidade de, sob certas condições, uniformizar, impor (precedentes vinculantes) e, muitas vezes, modular seus efeitos.

A modulação é, sem dúvida, como se observou há pouco, figura jurídica cujo objetivo é criar segurança jurídica, sob o prisma subjetivo, i. e., protegendo a boa-fé e a confiança. Trata-se, sem dúvida, de um instituto que dá funcionalidade ao princípio.

O instituto, a nosso ver, deve ser abordado a partir de uma ótica voltada para o presente, que diz respeito à necessidade de se saber qual é a pauta de conduta (= o que é o direito) a que se deve conformar minha

ação e ao futuro: alterada a pauta de conduta, minha ação deve ser avaliada, lá na frente, não a partir da nova pauta, mas daquela que havia antes, a que eu me submeti, de boa-fé, porque confiei.

Este é o sentido e a função substancial da modulação, prevista no art. 927, § 3.º, que permite sejam manipulados efeitos das cargas normativas⁸ de decisões judiciais que, normalmente, não fossem modulados, seriam retroativos.⁹

A nosso ver, porém, a modulação de efeitos deve ser considerada como permitida pelo sistema mesmo não havendo texto legal dispendo expressamente a respeito.¹⁰

Mudanças frequentes e em curtos espaços de tempo, de pautas de conduta, sejam elas provenientes originariamente, do legislativo, dos Tribunais Superiores, de súmulas vinculantes ou não...etc... “são inconvenientes e comprometem a segurança jurídica, sob o ângulo da estabilidade”. Uma forma de neutralizar estes efeitos negativos é justamente a possibilidade de se modularem os efeitos da nova regra.

Evidentemente, a modulação é instituto que se presta a prestigiar a segurança jurídica, principalmente quando se trata de corrigir o desvio consistente no fato de haver alteração brusca do direito, por obra de jurisprudência, num campo em que não seria desejável que isto ocorresse, como, por exemplo, no direito tributário.

É sintomática a quantidade de grandes tributaristas que se preocupam com o tema.¹¹

Presta-se, a modulação, quando há mudança da orientação dos tribunais, a criar a segurança, prestigiando a boa-fé e protegendo a confiança que deve poder ter o jurisdicionado na conduta do Estado, inclusive na do Poder Judiciário.

Sob certo aspecto e em certa medida, assiste razão a parte da doutrina que desvincula o art. 27 da Lei 9.868/99, que prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com objetivo de preservar situações de fato instaladas, cujo desfazimento viria a gerar grave impacto no mundo empírico, daquela de que trata o CPC/16, para quando houver alteração de jurisprudência dominante do STF ou de Tribunais Superiores ou de precedente fixado em regime de repetitivos ou IRDR (vinculantes, no sentido forte).

O princípio da proteção da confiança¹² é o fundamento central da

possibilidade de se limitar no tempo a eficácia da carga normativa das decisões judiciais, quando a jurisprudência consolidada gerou confiança, no sentido de que não seria alterada. A possibilidade de modulação de efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade tem outros fundamentos, além deste, como, por exemplo, a necessidade de evitar impacto, decorrente de se apagar integralmente o passado.¹³

Nesta medida, então, não se trata de fenômenos com os mesmos fundamentos, exatamente.

Entretanto, parece-nos que o fundamento último, da modulação, em ambas as hipóteses, é o mesmo: proteger a confiança. Este princípio está, também, por trás da possibilidade, criada pelo legislador, de que se preserve o passado no julgamento de procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, já que existe presunção de que a lei não é inconstitucional – confia-se na sua higidez. Embora não única, esta é também, a nosso ver, a razão de ser do art. 27 da Lei 9868/99.¹⁴

Fosse o único fundamento, toda Ação Direta de Inconstitucionalidade deveria ter, como regra, efeitos *ex nunc*, pois, quem age de acordo com a lei, age confiando, de boa-fé. Mas, a este fundamento, soma-se a avaliação do choque dos efeitos da declaração no mundo dos fatos. Ambos devem estar presentes.

Entretanto, é inevitável que haja juízo de ponderação em ambas as hipóteses: modulação dos efeitos *ex tunc* tanto no do controle concentrado de constitucionalidade, do controle difuso feito pelo STF (é necessário que se sublinhe que é apenas do controle difuso feito pelo STF, já que todos os órgãos jurisdicionais podem fazê-lo) quanto na mudança de precedente vinculante ou na de orientação jurisprudencial firme e confiável.

Evidentemente, quanto mais legítimos aparentarem ser os atos, mais protegida deverá ser a confiança.

Ou seja, quanto mais estável e firme for a jurisprudência, quanto maior for a intensidade da carga normativa da manifestação do Judiciário, consistindo em verdadeira pauta de conduta para o jurisdicionado, gerando confiança no sentido de que aquela norma era, de fato, direito, mais necessária será a necessidade de se imprimirem, à mudança de rumos, efeitos apenas prospectivos.

Por outro lado, é dever do Estado promover a segurança jurídica, devendo o Poder Público agir de boa-fé, sendo coerente e não praticando

o venire contra factum proprium. Neste sentido, ensina Nelson Nery Jr. que: “Isto significa que o Poder Público deve ser coerente em suas condutas e, se propiciou ao administrado a segurança de que ele poderia praticar determinado ato ou ter determinada conduta porque ao ver do Estado estaria correta, não pode, de modo abrupto e incoerente com sua conduta anterior, modificar seu entendimento em detrimento do administrado”. (...)

“Essa proibição de venire contra factum proprium, que nasceu no direito privado, impõe-se à administração porque decorre diretamente do texto constitucional, pois agindo contra seus próprios atos a administração viola os princípios da segurança jurídica (CF 1º, 5º caput e XXXVI), da solidariedade (CF 3º I), da legalidade e da moralidade administrativa (CF 37 caput)”¹⁵

A exigência de que as autoridades, em geral, ajam de boa-fé é, de rigor, indispensável à segurança jurídica.¹⁶ Aqui se está referindo obviamente à boa-fé objetiva, que nada tem que ver com o plano interno, das intenções: é a ausência de abuso, de coerência e de harmonia dos atos que compõem suas condutas.¹⁷

Tudo o que se disse se aplica indubitavelmente à conduta do Poder Judiciário.

Por aí se percebe que, na verdade, o Judiciário não deveria alterar, com a frequência que o faz, a sua jurisprudência pacificada ou dominante. Muito menos precedentes vinculantes.

O CPC é enfático ao demonstrar isto: art. 927, § 4.º: “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”. (g.n.)

O que a lei diz é que se deve ponderar entre a necessidade de mudança e a necessidade de segurança jurídica e proteção da confiança.

Mostra, com clareza, que a mudança de orientação firme dos tribunais não pode ser banalizada, quando diz que pode ser precedida de audiências públicas e que podem ser ouvidos amici curiae. Art. 927, § 2.º: “§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam

contribuir para a rediscussão da tese”.

A tutela da confiança, quando relacionada à mudança da posição dos Tribunais pode levar a (i) recomendar que esta não ocorra, pelo dever de coerência, se decorre de “mudanças caprichosas de critérios decisórios”¹⁸ (ii) criação de regras de transição, em caso de haver mudança de regime jurídico de alguma situação (iii) a não incidência do novo entendimento em situações fáticas ocorridas antes da alteração.

A modulação consiste, como diz, com razão, Valter Shuenquener de Araújo, de uma forma de tutela contra o Estado.¹⁹

Portanto, é recomendável, em tese, quando a nova posição, fruto da alteração, prejudicar o particular.

Os critérios de que se têm valido os tribunais para modular os efeitos de suas decisões, quando estas alteram precedentes vinculantes ou os rumos da jurisprudência já pacificada, são vários e muito raramente são referidos expressamente.

É necessário que os Tribunais Superiores se conscientizem de que a decisão acerca da alteração é tão relevante, quanto estabelecer a partir de quando se operarão os efeitos da mudança. São dois objetos de decisão relevantes e, sobretudo, diferentes.

A decisão a respeito deste *thema decidendum* deve haver sempre que há mudança: no sentido de modular ou de não modular.

É dever das Cortes fazê-lo, de modo explícito e fundamentado. Não pode o juiz que vai aplicar o novo precedente fazer, ele mesmo, a posteriori, a modulação.

Se não constar da decisão, podem as partes cobrar do Judiciário, por meio de embargos de declaração, manifestação a este respeito, pois se trata de omissão.

Enfim, trata-se de figura que vem despertando interesse recentemente, e que, no art. 927, § 3.º do CPC de 2016, aparece ainda com contornos mais novos e originais. Há um campo aberto para que a doutrina se dedique a estudá-lo de molde a contribuir para com a construção jurisprudencial. Que se logre, assim, extrair do uso do instituto toda a utilidade social que tem a potencialidade de gerar.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ANDRADE, Fabio Martins de. *Modulação e consequencialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

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

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: ADONIAS, Antônio; DIDIER JR., Fredie (Orgs.) *Projeto do novo Código de Processo Civil – 2.ª série: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm, 2012.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto, Prefácio. In: ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais - Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la - questões conexas*. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio.

CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed., Barueri: Manole, 2009.

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

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio Carrazza; NERY JR. Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed., Barueri: Manole, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. *Revista de Informação*

Legislativa, Brasília, v. 48, n. 190, p. 15-34, abr./jun. 2011; *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr./2011,

MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Direito Jurisprudencial - volume II*. São Paulo: RT, 2014.

NERY JR., Nelson. Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed., Barueri: Manole, 2009.

PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (coords.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: RT, 2017.

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

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

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais*. Curitiba: Juruá, 2014.

PRAVATO, Felipe. A constituição e a legitimação da modulação dos efeitos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, São Paulo, v. 4, n. 6, jul/dez. 2017.

ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2017.

'Notas de fim'

1 Já em 1977, o então Ministro Leitão de Abreu (RE 79343/BA) disse que “a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o Poder Público, apure-se, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão que decreta a inconstitucionalidade pode atingir, prejudicando, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.

“DECLARAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DEC.-LEI N. 322, DE 7 DE ABRIL DE 1967 (RTJ 44/54). ACÓRDÃO QUE, NÃO OBSTANTE ESSA DECISÃO, APLICOU, EM FAVOR DO LOCADOR, REGRAS CONTIDAS NESSE ATO LEGISLATIVO. NATUREZA DA DECISÃO QUE PRONUNCIA A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SEU CARÁTER CONSTITUTIVO E SUA EFICÁCIA RETROATIVA. CASO EM QUE NÃO HÁ FALAR-SE NA PRESUNÇÃO, EM QUE SE ACHARIA O AGENTE, DE HAVER CONCLUÍDO CONTRATO SOB A PROTEÇÃO DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO”. (STF, RE 79343, rel. Min. Leitão de Abreu, 2ª T., j. 31.05.1977, DJ 02.09.1977).

2 Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 329.

3 Nesse sentido, Fabio Martins de Andrade. Modulação e consequencialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, *passim*.

4 Ou seja, precedentes que, se desrespeitados, geram a possibilidade do manejo da reclamação.

5 Sustentando a desnecessidade de previsão legal expressa para que haja modulação no controle de constitucionalidade, seja principaliter, seja incidentalmente, e em qualquer tribunal que faça este controle é enfatizada por Antonio Alves Pereira Netto. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 113 e ss.

6 Neste sentido Felipe Pravato. A constituição e a legitimação da modulação dos efeitos. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, São Paulo, v. 4, n. 6, jul/dez. 2017, p. 16.

7 V. Teori Zavascki. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 4. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 23.

8 Sobre esta carga ver: Teresa Arruda Alvim; Bruno Dantas. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova Função dos Tribunais Superiores: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: RT, 2018.

9 Neste sentido, também Ravi Peixoto: “Ocorre que o efeito temporal leva a questão da criatividade como fator a permitir a sua modulação, mas não o único. É que ‘a criatividade judicial, embora reconhecida, deve ser vista como algo inevitável, não como algo dotado de valor’ intrínseco. Não haveria uma aplicação analógica da regra da irretroatividade das leis para que haja, então, uma irretroatividade do direito como um todo. Nos textos normativos, há dispositivo expresso no sentido da irretroatividade da lei, na atividade judicial, não. Veja-se, ainda como exemplo, que há texto normativo no direito penal (art. 5º, XL, da CR) permitindo a retroatividade quando benéfica ao réu. Há ainda dificuldades de se estabelecer quando há, exatamente, a consolidação de um entendimento jurisprudencial” (Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 270).

10 Ravi Peixoto. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (coords.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: RT, 2017, p. 924. No mesmo sentido Tércio Sampaio Ferraz Jr.; Roque Antonio Carrazza; Nelson Nery Jr. Efeitos ex nunc e as decisões do STJ. 2. ed., Barueri: Manole, 2009, *passim*.

11 Ver por todos, Roque Carrazza (Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais - Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la - questões conexas. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. Efeitos ex nunc e as decisões do STJ. 2. ed., Barueri: Manole, 2009) e Mizabel Abreu Machado Derzi (Modificações da jurisprudência no direito tributário:

proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009, *passim*).

12 “A relevância do princípio da proteção da confiança, que é a dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, gerou a necessidade de que este tenha tratamento de princípio autônomo”. (Daniela Pereira Madeira. O novo enfoque dado à jurisprudência e a sociedade moderna. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). Direito Jurisprudencial - volume II. São Paulo: RT, 2014, p. 297)

13 Luiz Guilherme Marinoni. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 48, n. 190, p. 15-34, abr./jun. 2011; Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr./2011, *passim*.

14 Carlos Alberto Navarro Perez alista, embora tratando especificamente da modulação de efeitos de sentença de procedência em controle concentrado de constitucionalidade, a possibilidade de a modulação ser necessária quando há inversão de jurisprudência consolidada anterior, que entendia constitucional a lei ou o ato normativo posteriormente declarado inconstitucional. Afirma, com razão, que a alteração da jurisprudência não pode ocorrer de inopino ou de modo não anunciado, sob pena de comprometer a segurança jurídica. (Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais. Curitiba: Juruá, 2014, item 3.7.1.9, p. 268).

15 Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. Efeitos ex nunc e as decisões do STJ. 2. ed., Barueri: Manole, 2009, p. 86.

16 Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello: “A analogia é perfeita: o administrador de boa-fé que agiu na conformidade com ato administrativo tido por inválido, deve ser resguardado dos efeitos nocivos desta invalidação, pois os atos foram obra do próprio Poder Público. A Ação Pública deve invalidá-los, evitando que continuem a produzir efeitos, mas muitas vezes não se devem desconstituir o que se produziu ‘sob o beneplácito’ do próprio Poder Público” (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 473).

17 No mesmo sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.: “A proibição de venire contra factum proprium impõe-se à Administração, inclusive, ao Judiciário, pois decorre diretamente do texto constitucional, já que agindo contra seus próprios atos o poder público viola os princípios da segurança jurídica (arts. 1º, 5º, caput e XXXVI, CF), da solidariedade (art. 3º, I, CF), da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37, caput, CF) (NERY JR., 2009, 86)”. (Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: ADONIAS, Antônio; DIDIER JR., Fredie (Orgs.) Projeto do novo Código de Processo Civil – 2.ª série: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 367).

18 Luís Roberto Barroso, no Prefácio à obra de Valter Shuenquener de Araújo. O princípio da proteção da confiança. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

19 Valter Shuenquener de Araújo. O princípio da proteção da confiança. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, *passim*.

