



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO INSTRUMENTO DE NORMATIZAÇÃO DE
DECISÕES JUDICIAIS: IMPACTOS NA PRÁTICA FORENSE

Manuella da Costa Malheiro

Rio de Janeiro
2021

MANUELLA DA COSTA MALHEIRO

A MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO INSTRUMENTO DE NORMATIZAÇÃO DE
DECISÕES JUDICIAIS: IMPACTOS NA PRÁTICA FORENSE

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

A MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO INSTRUMENTO DE NORMATIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS: IMPACTOS NA PRÁTICA FORENSE

Manuella da Costa Malheiro

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a tendente convergência entre os dois grandes sistemas de jurisdição atuais deu ensejo à importação, pelo Brasil, de diversos institutos alheios à sua tradição romano germânica. Dentre tais institutos, se destaca a modulação de efeitos, instrumento por meio do qual o magistrado pode definir a partir de que momento a decisão que está proferindo tem aplicação. A essência do presente trabalho é entender de que forma tal instrumento foi importado pelo Brasil, de que forma ele é usado na prática e quais as consequências da sua aplicação em um país cuja cultura jurídica é tradicionalmente pautada nas leis.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Modulação de Efeitos. Efeito Vinculante. Ativismo. Insegurança Jurídica.

Sumário – Introdução. 1. A importação da modulação de efeitos por países de *civil law*: mero instrumento jurisprudencial ou fonte de poder político do judiciário? 2. Do abstrato para o concreto: a utilização da modulação de efeitos como instrumento normativo pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp. nº 1.813.684. 3. Do fator agravante: o possível efeito vinculante das decisões judiciais e a consequente insegurança jurídica causada no aplicador do direito. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A partir do presente artigo, se pretende criticar a forma pela qual a jurisprudência brasileira vem se valendo da modulação de efeitos como um instrumento de ativismo judicial, ou seja, como uma forma de normatizar as decisões judiciais. Ademais, busca-se sinalizar quais os impactos dessa prática na atuação forense tanto de advogados quanto de magistrados.

Para tanto, estuda-se, especificamente a Decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.813.684, em que, por meio da modulação de efeitos, a norma insculpida no artigo 1.003 §6º do Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, passou a ter efeitos apenas a partir da data da publicação da decisão.

Embora pareça se tratar de mais uma decisão isolada, a matéria merece atenção. Seja porque o instrumento da modulação de efeitos está sendo aplicado de forma equivocada. Seja porque decisões judiciais como essa implicam em grave insegurança tanto para o advogado quanto para o magistrado. Diante disso, devem ser levantadas as seguintes questões: O instrumento da modulação de efeitos vem sendo aplicado de maneira adequada pela

jurisprudência pátria? Quais os impactos de decisões judiciais ativistas na vida prática do advogado e do magistrado? Eventual possibilidade de aplicação de eficácia vinculante é um fator agravante?

Para a maior compreensão do tema, inicialmente é feita uma breve contextualização do histórico dentro do qual o instrumento da modulação de efeitos, típico da *Common Law*, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Para uma melhor análise crítica do tema, ainda, cumpre destacar a função original do instrumento processual em questão para que seja possível entender se ele vem sendo adequadamente aplicado pelo judiciário brasileiro.

O primeiro capítulo presta-se a problematizar a importação pelo Brasil, país cujo ordenamento jurídico tem origem na *Civil Law*, de instrumentos típicos da *Common Law*, sobretudo no que tange à modulação de efeitos. A ideia é demonstrar como, em tese, a importação de um mecanismo que nasceu para atender sistemas jurídicos jurisprudenciais pode ser problemática em países que historicamente dão mais ênfase à norma.

O segundo capítulo é desenhado sob um prisma mais prático, por meio da análise de uma decisão específica do Superior Tribunal de Justiça em que a modulação de efeitos é usada para postergar o termo inicial da eficácia de uma norma regularmente instituída pelo poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo.

Finalmente, seguindo esse ponto de vista prático, o terceiro capítulo aborda as consequências do uso equivocado do instrumento da modulação de efeitos na prática forense, tanto para magistrados, quanto para advogados.

A pesquisa é desenvolvida por meio de um método hipotético-dedutivo na medida em que a veracidade das suposições feitas, em tese, no primeiro capítulo, se confirma ou não com base na análise de um contexto real, prático, da jurisprudência pátria, presente no segundo e no terceiro capítulo.

Acerca dos procedimentos, a pesquisa é majoritariamente comparada, uma vez que se mostra essencial avaliar o objetivo original do mecanismo da modulação de efeitos para saber se ele está sendo corretamente implementado no Brasil. No que tange à abordagem, o presente artigo é desenvolvido com base em uma pesquisa qualitativa, visto que as proposições hipotéticas são analisadas e conferidas com base em um julgado e em conceitos doutrinários.

1. A IMPORTAÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS POR PAÍSES DE *CIVIL LAW*: MERO INSTRUMENTO JURISPRUDENCIAL OU FONTE DE PODER POLÍTICO DO JUDICIÁRIO?

Historicamente, os ordenamentos jurídicos do mundo se inspiraram nos mais variados sistemas de jurisdição. Dentre eles, dois em específico se destacaram: Sistema Romano Germânico; e a *Common Law*. Não por serem mais ou menos importantes, mas por terem sido a fonte da maioria dos ordenamentos jurídicos hoje existentes.

Popularmente denominado “*Civil Law*”, o Sistema Romano Germânico tem origem na Europa Ocidental, em um contexto de pós queda do Império Romano, em uma tentativa de resgatar o *Digesto de Justiniano*¹. Dessa forma, a grande fonte desse sistema, historicamente, é a doutrina. Ao longo dos anos, contudo, em decorrência da organização do estado em três poderes, essa fonte foi se deslocando da doutrina para a norma formalmente produzida pelo Legislativo².

Paralelamente, também em um contexto de pós queda do Império Romano, mais especificamente na região que hoje corresponde à Inglaterra, o sistema da *Common Law* se formou em razão da impossibilidade de aplicação cumulativa das normas dos mais diversos povos que se instalaram na região. Dessa forma, ante a impossibilidade de aplicação de uma lei una, o direito foi se formando com base em decisões judiciais³.

Dessa forma, os países cuja jurisdição se inspirou no modelo Romano Germânico, construiu o seu Direito dando uma maior ênfase à norma. Já os países cuja jurisdição se inspirou no sistema da *Common Law*, assume uma lógica inversa, ou seja, constrói o seu Direito com base na jurisprudência. O Brasil se enquadra no primeiro grupo.

Talvez como uma espécie de herança deixada pela antiga metrópole portuguesa, o Brasil inaugurou o seu direito inspirado amplamente no Sistema Romano Germânico, ou seja, solucionando as questões dando maior ênfase à norma. Em decorrência disso, tradicionalmente, os magistrados brasileiros foram educados, treinados a decidir com base na norma em vigor, e não com base em decisões anteriores.

¹ Quando as invasões bárbaras já estão em andamento, talvez inclusive num esforço de garantir a perpetuidade das leis romanas, o direito romano é positivado por meio das chamadas Compilações de Justiniano, também chamadas de *Corpus Iuris Civilis*. Esse *Digesto*, por sua vez, é dividido em 4 partes: *Digesto*, *Código*, *Institutas* e *Novelas*. MASSAÚ, Guilherme Camargo. *A escola dos Glosadores: o início da Ciência do Direito*. Disponível em: < <https://sociologiajuridica.net/a-escola-dos-glosadores-o-inicio-da-ciencia-do-direito/>> Acesso em: 30 set. 2020.

² CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais – Teoria e Dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 25

³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13-14.

Todavia, ante o amplo processo de globalização, a aproximação entre os dois sistemas vem se mostrando crescente e inevitável. Assim, se algum dia foi possível delimitar com clareza a origem de cada ordenamento jurídico, hoje esse trabalho exige um esforço maior.

Portanto, mais recentemente, tendo em vista a insuficiência prática de cada sistema isolado, vem ocorrendo um processo de convergência entre os dois sistemas. Com isso, o direito vem se desenvolvendo com a adoção, por cada sistema, de institutos que não são próprios da sua tradição com o intuito justamente de resolver questões práticas.

Entra, então, em questão, o instituto da modulação de efeitos. Como se sabe, o referido instituto se presta a viabilizar uma restrição da eficácia temporal de decisões do Supremo Tribunal Federal, seja em controle concreto, seja em controle abstrato⁴.

Considerando se tratar de instrumento destinado a assegurar a aplicação das decisões com mais segurança e justiça nos casos concretos, a modulação de efeitos tem origem na *Common Law*. Todavia, tendo em vista a já mencionada aproximação entre os dois sistemas, o instituto foi importado para o Brasil, frise-se, país cuja jurisdição tem origem no Sistema Romano Germânico.

Inicialmente com previsão na Lei nº 9.868/99, a modulação de efeitos era possível apenas pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade⁵. Apesar disso, já nessa época era comum a aplicação do referido instrumento em outros contextos para alterar a eficácia temporal das decisões⁶.

Hoje, depois do advento do Código de Processo Civil de 2015, a modulação de efeitos teve a sua aplicação formalmente ampliada para todas as hipóteses em que as Cortes Superiores alterarem a sua jurisprudência, em nome do interesse social e da segurança jurídica⁷.

Conclui-se, portanto, que a modulação de efeitos, instrumento tradicionalmente da *Common Law*, teve a sua aplicação recentemente ampliada no Brasil, país de origem romano germânica, como prova fática da aproximação dos dois sistemas.

Diante disso, a questão que se coloca é: de que forma a importação de um mecanismo que nasceu para atender sistemas jurídicos jurisprudenciais pode ser problemática em países

⁴ APPIO, Eduardo. *Modulação dos efeitos de decisão é poder político do STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-25/modulacao_efeitos_decisao_poder_politico_stf> Acesso em: 30 set. 2020.

⁵ VELLOSO FILHO, Carlos Mário. *Modulação dos efeitos das decisões do STF e do STJ*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/274538/modulacao-dos-efeitos-das-decisoes-do-stf-e-do-stj>> Acesso em: 30 set. 2020

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 26.603-1*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>> Acesso em: 30 set. 2020

⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 30 set. 2020

que historicamente dão mais ênfase à norma? De que forma a modulação de efeitos pode servir de instrumento de ativismo judicial? De que forma o mecanismo foi interpretado pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça?

O ativismo judicial nada mais é do que uma postura criativa assumida pelos magistrados, a princípio com o intuito de garantir direitos fundamentais assegurados pela Constituição e por vezes não regulamentados. Essa postura divide muitas opiniões, mas de fato pode ser encarada como uma forma de violar a separação de poderes, uma vez que o judiciário usurpa a competência do executivo ou do legislativo para atender ao fim desejado⁸.

Embora seja questão extremamente relevante, as diversas posições acerca do ativismo não são objetos do presente estudo. O que se questiona é de que forma o instrumento da modulação de efeitos é capaz de contribuir para essa postura?

A modulação de efeitos, em um país de origem de *Common Law*, não traz grandes implicações na organização do estado, uma vez que já é dado ao Judiciário certo poder normativo, ou seja, já é um poder institucionalmente ativista. Por outro lado, em países de origem romano-germânica, a modulação de efeitos se revela verdadeiro mecanismo de ativismo judicial, configurando, inclusive, uma fonte formal e institucional de poder político do judiciário.

Isso porque, ao declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma e modular os efeitos dessa decisão, de modo que ela surta efeitos apenas a partir da data da publicação da decisão, o poder judiciário estará ratificando a aplicação de uma norma que ele mesmo declarou inconstitucional, da data da entrada em vigor da norma até a data da publicação da decisão.

Com isso, o Poder Judiciário, em um país cuja separação de poderes é protegida por cláusula pétrea, acaba por revelar verdadeiro poder político na medida em que determina a partir de qual momento ou até quando uma determinada norma inconstitucional se aplica ou não.

Esse poder, embora possa parecer, a priori, irrelevante ou mesmo preso ao campo das ideias, pode assumir efeitos econômicos e práticos de dimensões continentais. Mais do que isso, coloca o advogado e o magistrado em uma desconfortável posição de insegurança ante o conflito entre o que previu o legislativo por meio da norma e o que determinou o judiciário por meio da decisão judicial.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, fev. 2009, p. 6.

A questão se torna ainda mais grave tendo em vista que, desde 2015, a modulação de efeitos não se aplica apenas no controle abstrato de constitucionalidade, assumindo aplicação em qualquer decisão judicial em que as Cortes Superiores mudem a sua jurisprudência.

No Brasil, a questão assume especial relevância tendo em vista que o ativismo judicial já era uma realidade antes mesmo da crescente convergência entre os sistemas. Hoje, com a importação de mecanismos da *Common Law*, sobretudo da modulação de efeitos, o ativismo judicial vem encontrando cada vez mais amparo na própria legislação.

2. DO ABSTRATO PARA O CONCRETO: A UTILIZAÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO INSTRUMENTO NORMATIVO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.813.684

Não são raras as hipóteses em que o instrumento da modulação de efeitos é usado de forma indevida na prática forense brasileira. Um instrumento que foi desenvolvido para assegurar maior segurança jurídica, ao ser importado por um país de tradição romano germânica, como é o caso do Brasil, passou a ser aplicado com intuito diametralmente oposto.

O que, originalmente, se desenvolveu para impedir a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma assegurando, dessa forma, maior segurança jurídica ao jurisdicionado, vem se mostrando forte instrumento normativo e, conseqüentemente político, para o Poder Judiciário⁹.

O debate aparentemente teórico e abstrato ganha maior relevo quando se desvia a ótica da teoria para o mundo dos fatos. Diversas são as hipóteses em que a jurisprudência pátria se vale da modulação de efeitos para impedir a eficácia de uma norma validamente editada pelo poder legislativo e promulgada pelo poder executivo, sem sequer declarar a sua inconstitucionalidade.

Para tornar a discussão mais palpável, destaca-se um acórdão paradigma, como mero objeto de estudo, em que o Superior Tribunal de Justiça apenas comprova que a importação da modulação de efeitos pelo Brasil implicou na mitigação, ou mesmo, na completa conversão do seu propósito original.

⁹ MARINHO, Alice; MARTONE Rodrigo. *O sistema de precedentes e a modulação de efeitos no novo CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/sistema-precedentes-modulacao-efeitos-cpc>> Acesso em: 17 mar. 2021.

Especificamente no julgamento do Recurso Especial nº 1.813.684¹⁰, o Superior Tribunal de Justiça, se valendo do instrumento da modulação de efeitos, determinou que o art. 1.003, §6º do Código de Processo Civil¹¹ tivesse aplicabilidade apenas a partir da data da publicação da sua decisão.

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do uso indevido do instrumento da modulação de efeitos, fez com que uma norma que legitimamente entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, tivesse aplicação apenas a partir da data da publicação da sua decisão, ou seja, apenas três anos e oito meses depois da sua entrada em vigor.

Explicando melhor, antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, nos casos em que houvesse feriado local suspendendo o prazo para interpor recurso, a parte não estava obrigada a comprovar a existência de feriado local no momento da interposição. Admitia-se que a parte comprovasse a tempestividade do recurso a posteriori.

Todavia, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 o cenário mudou. No dia 18 de março de 2016, com a entrada em vigor do novo diploma legal, passou a vigorar a norma do art. 1.003, §6º¹², segundo a qual cumpre ao recorrente comprovar a ocorrência de feriado local no ato da interposição do recurso, para comprovar a sua tempestividade.

Pois bem. No caso concreto, mesmo após a vigência do Código de Processo Civil, a parte interpôs recurso ao Superior Tribunal de Justiça sem fazer prova da ocorrência de feriado local, violando frontalmente a norma legal. Por isso, pela norma expressa do art. 1.003, §6º¹³ do Código de Processo Civil combinado com os art. 1.029, §3º¹⁴ e 1.036, §2º¹⁵ do mesmo diploma legal, o recurso deveria ter sido inadmitido em razão da sua intempestividade.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça optou por afastar por completo a aplicação da norma do art. 1.003, §6º¹⁶. No acórdão paradigma, a Corte Superior entendeu que apesar de a norma prever expressamente a necessidade de comprovação de feriado local no ato de interposição do recurso, a mudança normativa radical justificaria a modulação de efeitos da decisão, de modo que apenas se aplicasse a norma nova a partir da data da publicação do acórdão que se estava proferindo.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.813.684*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1838984&num_registro=201801346019&data=20191118&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2021.

¹¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 17 mar. 2021.

¹² Idem.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

Ou seja, por meio da modulação de efeitos, o Superior Tribunal de Justiça arbitrariamente afastou a aplicação de norma devidamente deliberada pelo Congresso Nacional, sancionada e promulgada pelo Presidente da República. Frise-se que sequer foi reconhecida a inconstitucionalidade incidental da norma para se justificar a sua não aplicação.

A partir da decisão em questão, portanto, uma norma presumidamente constitucional¹⁷ que estava em vigor desde o dia 18 de março de 2018, teve a sua aplicação suspensa até a data da publicação da decisão do Superior Tribunal de Justiça, o que ocorreu apenas três anos e oito meses depois.

Com isso, foram frontalmente violados os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

A princípio, cumpre salientar que a isonomia não se confunde com a igualdade. A isonomia seria a igualdade em sentido material. De acordo com Nelson Nery Junior, dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades¹⁸.

No caso em tela, a isonomia foi violada uma vez que dentro do espaço de tempo em que a norma do art. 1.003 §6º¹⁹ já estava em vigor, ela apenas se aplicou às pessoas que interpuseram o recurso depois do dia 18 de novembro de 2019, ou seja, depois da data da publicação do julgado. Ocorre que a mera data da interposição do recurso não é capaz de afastar a igualdade material que existe entre os recorrentes.

Ao fim e ao cabo, todos eles interpuseram recurso sem a devida comprovação do feriado local, tal como obriga a norma que já estava em vigor. A diferença é que apenas parte desses recorrentes serão punidos com a inadmissibilidade do recurso em razão da violação da norma em vigor. Houve, portanto, tratamento desigual a pessoas em condição material de igualdade.

Por sua vez, restou ainda violado o princípio da segurança jurídica, que consagra nada menos do que a previsibilidade do jurisdicionado. De acordo com José Afonso da Silva, o princípio da segurança jurídica permite ao jurisdicionado o conhecimento antecipado das consequências dos seus atos²⁰.

Na decisão destacada como objeto do presente estudo, o Superior Tribunal de Justiça, se valendo da modulação de efeitos, violou a segurança jurídica do jurisdicionado ao não aplicar

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164-165.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

uma norma que em tese seria aplicável. Note-se que a parte recorrida teve suas expectativas frustradas ao ver um recurso intempestivo ser admitido, em sentido contrário ao que expressamente dispõe a norma legal.

Destaque-se que, originalmente, a modulação de efeitos foi desenvolvida pela jurisprudência dos países de *Common Law* para impedir a retroatividade dos efeitos das decisões que declarassem a inconstitucionalidade de determinada lei.

Mais especificamente nos Estados Unidos, tradicionalmente prevalecia o entendimento de que uma norma inconstitucional, é inconstitucional desde o seu nascimento, de modo que sempre foi nula. Por isso, a decisão que declara a sua inconstitucionalidade em regra, atingiria a norma desde a data da sua entrada em vigor. Ou seja, a regra era a aplicação de efeitos *ex tunc* às decisões que declarassem a inconstitucionalidade de determinada norma²¹.

Posteriormente, a jurisprudência norte americana mais moderna passou a reconhecer que a retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma determinada norma não é absoluta, admitindo exceções. Mais especificamente no julgamento do caso *Linkletter x Walker*, a Suprema Corte Norte Americana reconheceu a possibilidade de se modular os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma de tal forma que essa decisão apenas produzisse efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da data da sua publicação²².

Originalmente, portanto, o instituto da modulação de efeitos se prestava a assegurar a isonomia e a segurança jurídica nas hipóteses em que as leis fossem declaradas inconstitucionais. A ideia era adequar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade a depender do caso concreto.

No Brasil, contudo, a modulação de efeitos teve a sua aplicação ampliada pelo art. 927 §3º do Código de Processo Civil de 2015²³, segundo o qual é possível a modulação de efeitos sempre que for alterada jurisprudência dominante dos tribunais superiores, em nome do

²¹ No clássico caso *Norton v. Shelby County*, julgado em 1886, a Suprema Corte Norte Americana firmou o seu entendimento no sentido de que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma deve ter efeitos *ex tunc*, ou seja, deve retroagir à data da entrada em vigor da norma justamente ao argumento de que uma lei inconstitucional não é uma lei, e por isso jamais poderia ter conferido direitos ou obrigações a quaisquer pessoas. PASSOS, Anderson Santos dos. *A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: a produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-modulacao-de-efeitos-nas-decisoes-de-inconstitucionalidade-a-producao-de-efeitos-juridicos-de-normas-inconstitucionais-e-o-sistema-de-controle-de-constitucionalidade-brasileiro/>> Acesso em: 17 mar. 2021.

²² PASSOS, Anderson Santos dos. *A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: a produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-modulacao-de-efeitos-nas-decisoes-de-inconstitucionalidade-a-producao-de-efeitos-juridicos-de-normas-inconstitucionais-e-o-sistema-de-controle-de-constitucionalidade-brasileiro/>> Acesso em: 17 mar. 2021.

²³ BRASIL, op. cit., nota 3.

interesse social e da segurança jurídica, independentemente de qualquer controle de constitucionalidade.

Não satisfeita com a ampliação da aplicação do instituto por meio de lei, a jurisprudência pátria vem ainda afastando por completo um dos requisitos legalmente exigidos para a aplicação da modulação de eleitos, qual seja, a segurança jurídica. Em sentido contrário ao que lei determina, a modulação de efeitos vem sendo utilizada no Brasil como verdadeiro instrumento normativo, pelo qual o poder judiciário se substitui nas funções próprias do executivo e do legislativo para definir o momento de aplicação de determinada norma.

Dessa forma, no Brasil, a modulação de efeitos vem se mostrando verdadeiro instrumento violador da segurança jurídica e da isonomia, em total dissonância com a sua origem. A decisão ora analisada deixa isso claro.

3. DO FATOR AGRAVANTE: O POSSÍVEL EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES JUDICIAIS E A CONSEQUENTE INSEGURANÇA JURÍDICA CAUSADA NO APLICADOR DO DIREITO

Além dos já mencionados malefícios causados pelo equivocado uso da modulação de efeitos como instrumento normativo, recente fenômeno no Brasil vem se mostrando um fator agravante: a crescente vinculação da eficácia das decisões do poder judiciário.

Ainda como decorrência da aproximação do Sistema Romano Germânico e da *Common Law*, o Brasil, ao longo dos últimos anos, vem atribuindo cada vez mais eficácia vinculante às decisões judiciais. Surge, no Brasil, portanto, uma era de valorização do precedente.

A respeito, cumpre destacar que o precedente nada mais é do que a decisão de um caso pretérito que se aplica em casos futuros²⁴. Nem todo precedente será vinculante, mas, se o for, as cortes inferiores ficam vinculadas pelas decisões dadas pelas cortes superiores, bem como os membros das cortes superiores ficam vinculados às decisões da própria corte²⁵.

²⁴ FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual*. 2014. 242 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014-093904/publico/FERNANDA_MERCIER_QUERIDO_FARINA DISSERTACAO.pdf> Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁵ O respeito que as cortes inferiores devem às decisões vinculantes proferidas pelas cortes superiores é chamado de vinculação hierárquica ou vertical. Por sua vez, o respeito que os membros das cortes superiores devem às decisões vinculantes proferidas por elas, é chamado de vinculação horizontal. FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual*. 2014. 242 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) –

A mero título exemplificativo, são vinculantes, no direito brasileiro: os entendimentos fixados por meio das súmulas vinculantes; as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo; e as decisões proferidas nos incidentes de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência²⁶.

Qual é a relevância disso no objeto de análise do presente estudo? De que forma a aplicação equivocada do instituto da modulação de efeitos é mais gravosa tendo em vista a crescente vinculação das decisões judiciais?

A aplicação equivocada do instrumento da modulação de efeitos em uma decisão vinculante se mostra mais grave ainda considerando que ela possui verdadeiro efeito normativo, ou seja, impositivo ao aplicador do direito.

Considerando que os Tribunais Superiores vêm se valendo da modulação de efeitos para tornar uma norma aplicável a partir da data das suas respectivas decisões, altera-se completamente a sistemática de aplicação de uma norma. Esta deixa de ser aplicada a partir da data da sua entrada em vigor e passa a ser aplicada a partir da data que determina a decisão com efeito vinculante.

No Recurso Especial²⁷ destacado no presente estudo como paradigma, isso fica claro. Uma norma que foi devidamente editada pelo poder legislativo, sancionada e promulgada pelo poder executivo, teve a sua vigência postergada até a data da publicação da decisão vinculante do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque a questão foi decidida em sede de recurso repetitivo, de modo que a eficácia da decisão é vinculante.

Justamente em razão do efeito vinculante, a norma que se extrai da decisão não se aplica apenas às partes do processo, mas se torna obrigatória *erga omnes*, ou seja, a todos, ainda que contrária à norma prevista na lei. Com isso, o aplicador do direito se vê diante de um embate: qual norma aplicar? Aquela prevista na lei, ou aquela prevista no precedente vinculante?

A questão se torna ainda mais grave considerando-se que não há no Brasil nenhum mecanismo institucional que reúna a lei com a jurisprudência que se tem sobre essa lei. O

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014-093904/publico/FERNANDA_MERCIER_QUERIDO_FARINA DISSERTACAO.pdf> Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁶ GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. A doutrina dos precedentes no Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-doutrina-dos-precedentes-no-codigo-de-processo-civil/>> Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.813.684*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1838984&num_registro=201801346019&data=20191118&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2021.

Judiciário avança proferindo decisões vinculantes de forma tão rápida e numerosa que a atualização por parte do aplicador do direito se mostra tarefa quase utópica.

Dessa forma, tanto a equivocada aplicação de institutos da *Common Law*, quanto a ausência de um sistema de integração entre lei e jurisprudência tornam a prática forense do jurista inviável.

Sobretudo em países de origem Romano Germânica, impõe-se a correta aplicação do instituto da modulação de efeitos em decisões vinculantes. Isso porque, historicamente, o direito se constrói com base na lei, de modo que tradicionalmente o aplicador busca na lei a norma a se aplicar no caso em concreto.

Eventual alteração na norma legalmente prevista, por força de entendimento jurisprudencial deve ser excepcional, e não a regra. Por isso, é necessária absoluta cautela na aplicação de instrumentos como a modulação de efeitos, sobretudo nas decisões que se pretendam tornar vinculantes.

Frise-se que não se questiona, aqui, a crescente valorização do sistema de precedentes vinculantes no Brasil. A ideia dessa nova tendência é fixar entendimentos a serem aplicados a determinadas matérias controvertidas e reincidentes nos tribunais, de modo que as instâncias extraordinárias não percam tempo se debruçando sempre sobre a mesma matéria.

O que se critica é a aplicação inadequada da modulação de efeitos em decisões vinculantes como instrumento para alterar a forma ou o conteúdo das normas expressamente previstas em lei, numa frontal usurpação de poderes por parte do Judiciário. A utilização da modulação de efeitos para afastar a incidência de uma norma em determinado período vai de encontro com a origem do instituto, viola frontalmente o sistema jurídico desenvolvido pelo Brasil e se mostra mais grave ainda em decisões vinculantes.

A questão não parece tão problemática no direito comparado uma vez que nos países de *Common Law*, a lei é mais abstrata, mais ampla, de modo que o direito de fato se constrói com base na jurisprudência. Nesses países, o precedente vinculante já está enraizado na cultura normativa, já exerce função típica de criar normas, regras de aplicação a depender do caso concreto. Assim, eventual modulação de efeitos em precedente vinculante não traz grandes efeitos à prática forense desses países.

No Brasil, por outro lado, em razão da sua tradição Romano Germânica, o direito historicamente se construiu com base nas leis, que são mais específicas. Prova disso é o tamanho do arcabouço normativo do ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, eventual atividade normativa por meio da modulação de efeitos das decisões judiciais vinculantes, merece uma maior cautela.

É claro que inovações de tamanha dimensão em um ordenamento jurídico demandam um período de adaptação, tanto para os magistrados que se valem de tais institutos, quanto para os advogados. Todavia, no Brasil, especificamente a modulação de efeitos foi formalmente prevista em lei em 1999, mas já era aplicada antes disso. Dessa forma, o instituto já existe no Brasil há mais de vinte anos e a tendência apresentada pelos tribunais superiores é justamente de distorcer o seu objetivo com o intuito de criar regras não previstas pela lei.

Diante dessa disputa pelo poder de legislar, os aplicadores do direito, sejam eles advogados ou magistrados, se encontram em posição de absoluta insegurança jurídica e desorientação. Seja porque as decisões proferidas de forma vinculante não alteram formalmente o conteúdo normativo das leis. Seja porque não sabem se devem aplicar o que está expresso na lei ou o que entendeu a jurisprudência.

CONCLUSÃO

A partir da leitura do presente trabalho, é possível perceber como a equivocada aplicação do instrumento da modulação de efeitos, pelos membros das altas cortes do Poder Judiciário Brasileiro, pode ser prejudicial à advogados e magistrados na prática forense. Por meio de uma análise que vai desde a importação do instrumento ao ordenamento jurídico, até a sua efetiva aplicação prática pelo Poder Judiciário, é possível verificar como a inobservância de pequenas peculiaridades teóricas são capazes de implicar em consequências práticas de ordem nacional.

A primeira problemática abordada gira em torno da forma descuidada pela qual a modulação de efeitos, instituto próprio da *Common Law*, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, de origem romano germânica. O mero estudo comparado entre os dois sistemas é capaz de demonstrar como a modulação de efeitos é um mecanismo de poder normativo dado ao judiciário.

Criada para permitir que o jurista defina a partir de que momento se aplica determinada decisão, a modulação de efeitos foi adotada pelo Brasil sem qualquer cautela com relação à histórica relevância que se atribui às normas legais no país. Conferiu-se o judiciário, portanto, mais um instrumento de poder sobre as leis em vigor. Com isso, restou fortalecida a postura ativista que já vinha sendo adotada no Brasil.

Em um segundo momento, por meio do exame de um acórdão proferido em um caso concreto, foi possível perceber como as altas cortes do judiciário brasileiro vem se valendo desse mecanismo indevidamente para definir a partir de quando determinada lei constitucional

e em vigor tem aplicação. Não bastasse, portanto, o poder inerente ao instituto, o poder judiciário ainda o vem utilizando de maneira descomedida, exorbitante.

A situação se mostra ainda mais grave considerando a crescente possibilidade de vinculação da eficácia das decisões judiciais. Por meio da vinculação das decisões, é possível que a modulação de efeitos feita pelo Judiciário em um caso concreto, tenha aplicação erga omnes, ou seja, a todos indiscriminadamente. Com isso, viabilizou-se um confuso sistema em que existe, concomitantemente, decisões vinculantes e normas legais tratando de um mesmo assunto de forma distinta, mas aplicáveis a todos.

Todos os fatores em apressado levam à conclusão de que a forma descuidada pela qual a modulação de efeitos foi importada pelo Brasil, permitiu que os magistrados das cortes extraordinárias, por meio de decisões vinculantes, atuassem de forma normativa. Por sua vez, a atuação ativista do poder judiciário em um país de tradição romano germânica é profundamente danosa ao aplicador do direito, que se encontra em posição insegurança quanto ao que deve aplicar: a norma ou a decisão.

A questão se mostra ainda mais grave tendo em vista que a jurisprudência avança em progressão geométrica se comparada às inovações legais, sobretudo considerando que o processo legislativo é mais moroso que o processo de tomada de decisão judicial. Dessa forma, a atualização acerca das decisões judiciais de efeito normativo se mostra tarefa quase que impossível ao aplicador do direito.

Com isso, ao contrário do que se pretendia com a adoção do instituto da modulação de efeitos, a prática forense se mostra cada vez mais instável e insegura.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Modulação dos efeitos de decisão é poder político do STF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-25/modulacao_efeitos_decisao_poder_politico_stf> Acesso em: 30 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.813.684*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1838984&num_registro=201801346019&data=20191118&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 26.603-1*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>> Acesso em: 30 set. 2020.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual*. 2014. 242 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12122014-093904/publico/FERNANDA_MERCIER_QUERIDO_FARINA DISSERTACAO.pdf> Acesso em: 31 mar. 2021.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. *A doutrina dos precedentes no Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-doutrina-dos-precedentes-no-codigo-de-processo-civil/>> Acesso em: 31 mar. 2021.

MARINHO, Alice; MARTONE Rodrigo. *O sistema de precedentes e a modulação de efeitos no novo CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/sistema-precedentes-modulacao-efeitos-cpc>> Acesso em: 17 mar. 2021.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PASSOS, Anderson Santos dos. *A modulação de efeitos nas decisões de inconstitucionalidade: a produção de efeitos jurídicos de normas inconstitucionais e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-modulacao-de-efeitos-nas-decisoes-de-inconstitucionalidade-a-producao-de-efeitos-juridicos-de-normas-inconstitucionais-e-o-sistema-de-controle-de-constitucionalidade-brasileiro/>> Acesso em: 17 mar. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. *Modulação dos efeitos das decisões do STF e do STJ*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/274538/modulacao-dos-efeitos-das-decisoes-do-stf-e-do-stj>> Acesso em: 30 set. 2020