

A APROXIMAÇÃO CRÍTICA DO MODELO JURISDICIONAL BRASILEIRO À NATUREZA CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA MODULAÇÃO NA ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA FIRME OU PRECEDENTES VINCULANTES

MARCELO BEZERRA RIBEIRO,
AMANDA CORRÊA PINTO.

RESUMO - Por muito tempo, defendeu-se a ideia de que a natureza da jurisdição no Brasil é meramente declaratória, em razão do sistema que serviu-lhe como base: o *civil law*. Acreditava-se que a produção desenfreada de dispositivos estaria associada à noção de previsibilidade e, portanto, segurança jurídica. Ao juiz, caberia apenas declarar aquilo que já estava escrito ou predeterminado nos Códigos. Marcadamente em virtude do constitucionalismo, o *civil law* passou por inúmeras transformações, momento em que o juiz recebeu poderes similares ao do seu colega do *common law*, dotado da autoridade de controlar a lei a partir da Constituição. Originou-se, então, no Brasil, a ideia de criação judicial do direito, nascendo a visão da natureza constitutiva da jurisdição, típica do modelo inglês. Nesse cenário, surge uma figura jurídica criada a partir da ousadia do legislador processual civil de 2015: a modulação na alteração de jurisprudência pacificada ou posição adotada em precedentes vinculantes, disposta no art. 927, § 3º. Desse modo, o presente artigo buscou, a partir do método histórico-crítico, investigar de que modo o sistema jurisdicional brasileiro, hoje, guarda aproximação crítica com a natureza constitutiva da jurisdição, sobretudo considerando-se o instituto da modulação e os chamados “poros” do direito; abordou, ainda, quais os critérios utilizados pela doutrina para saber quando modular e tratou da situação peculiar dos processos estruturantes. Foram utilizados, como instrumentos de coleta de dados, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE - Desenvolvimento; Políticas Públicas; Constitucionalismo Crítico; Brasil; História.

I. INTRODUÇÃO

Por muito tempo, defendeu-se a ideia de que a natureza da jurisdição no Brasil é meramente declaratória, em razão do sistema que serviu-lhe como base: o *Civil law*. Acreditava-se, a partir de concepções puramente lastreadas nos ideários da Revolução Francesa, que a produção desenfreada de dispositivos estaria associada à noção de previsibilidade e, portanto, segurança jurídica. Ao juiz, caberia apenas declarar aquilo que já estava escrito ou predeterminado nos Códigos, não possuindo qualquer ingerência na criação do direito. Até então, a certeza da ciência jurídica estaria resguardada na impossibilidade de o magistrado interpretar a lei.

Marcadamente em virtude do constitucionalismo, o *civil law* passou por inúmeras transformações, momento em que o juiz recebeu poderes similares ao do seu colega do *common law*, dotado da autoridade de controlar a lei a partir da Constituição. Foi exatamente a partir desta guinada que transformou-se o significado de jurisdição: a lei perdeu a supremacia, submetendo-se aos princípios constitucionais. O

dogma da aplicação irrestrita da lei sofreu limitações, pois o magistrado não só passou a interpretar a lei, como a dela extrair direitos e obrigações. Originou-se, então, no Brasil, a ideia de criação judicial do direito, nascendo a visão da natureza constitutiva da jurisdição, típica do modelo inglês.

Nesse cenário, surge uma figura jurídica criada a partir da ousadia do legislador processual civil de 2015: a modulação na alteração de jurisprudência pacificada ou posição adotada em precedentes vinculantes, disposta no art. 927, § 3º. Referido instituto, juntamente com os chamados “poros” contidos nas normas – cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados e princípios jurídicos – atribuíram à atividade judicante poder criativo ainda maior, de modo que as decisões judiciais no Brasil, atualmente, não parecem constituir apenas fonte do direito: parecem ser o próprio direito.

E a despeito dos critérios elencados pela doutrina para saber quando modular, o ordenamento jurídico conta hoje com uma nova classe de *adjudication*: os processos estruturantes, que em razão de sua singularidade, fogem ao padrão

tradicional de requisitos a serem preenchidos para que a modulação ocorra, já que o Judiciário avoca o protagonismo de coordenar políticas públicas em caráter de urgência.

A partir das análises previamente realizadas, chegou-se ao seguinte problema de pesquisa: de que modo o sistema jurisdicional brasileiro, hoje, guarda aproximação crítica com a natureza constitutiva da jurisdição, sobretudo considerando-se o instituto da modulação e os chamados “poros” do direito?

Portanto, a primeira seção tem como objetivo investigar, mediante um método histórico-crítico, de que forma se opera a aproximação do modelo jurisdicional brasileiro à natureza constitutiva da jurisdição, partindo da premissa que a atividade do juiz é, hoje, criativa.

Já a segunda seção pretende demonstrar, a partir do método dedutivo, como o instituto da modulação na alteração de jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes pode ser visualizado como um reflexo desta atividade criadora.

Por fim, a terceira seção busca analisar, por meio de pesquisa bibliográfica-documental, quais os critérios utilizados pela doutrina para saber quando modular, ressalvado o caso específico dos processos ditos estruturantes.

II. CIVIL LAW OU COMMON LAW? A APROXIMAÇÃO CRÍTICA DO MODELO JURISDICIAL BRASILEIRO À NATUREZA CONSTITUTIVA DA JURISDIÇÃO

Não é novidade que o *civil law*, também denominado sistema romano-germânico, tem como característica primordial o fundamento na lei como fonte imediata do direito. Referido modelo de jurisdição se estabeleceu no século XVIII, mas consolidou-se somente no século XIX, após a Revolução Francesa. Portanto, encontrou suas primeiras nuances na mensurabilidade positivista, vista de início no produto do parlamento, ou seja, nas leis codificadas, às quais atribuiu-se a estatura de verdadeiros “textos sagrados” [30].

Ocorre que, já nesse período, a hermenêutica jurídica percebeu que aquilo que estava positivado nos Códigos não seria capaz de cobrir a realidade, ao mesmo tempo em que havia uma preocupação crescente com o controle do exercício da interpretação e exclusão de elementos metafísicos, avessos ao modelo positivista de interpretar a realidade. Frise-se que o movimento positivista dividiu-se em, pelo menos, dois momentos históricos distintos na França [30].

Num primeiro momento, a resposta foi dada a partir de uma análise da própria codificação, surgindo, no contexto das pesquisas de Streck, a escola do positivismo exegetico, primevo ou legalista. Aqui, a análise é puramente sintática, portanto, a simples determinação da conexão lógica dos signos que compõem o Código seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. O contexto vivenciado à época era de superação do estado absolutista pelo estado de direito, portanto, havia uma desconfiança natural dos magistrados em razão do regime absolutista anterior. A tendência era de desapego de costumes anteriores, pois caso contrário, costumes que foram construídos sob a égide do regime absolutista voltariam à tona. Quer-se, a partir de

então, construir novos padrões capitais, à luz de interesses mercantis.

Nesse cenário, a Escola da Exegese pregava o papel do juiz “boca da lei”, predominando um apego à literalidade e à racionalidade, a fim de prever a atuação do juiz. O padrão é hermético e desindexado. Em outras palavras, ao juiz não é dado interpretar a legislação, pois o contrário importaria na perda do seu caráter científico. Dessa forma, as regras previstas no Código antecipam a atuação dos juízes no caso concreto, sendo suficientes à aplicação do direito. Na clareza da lei, o juiz não deve interpretar, pois a lei é o suficiente. Há uma preocupação com a segurança jurídica e padrões decisórios que permitam a estabilidade judicial [28].

Como era de se esperar, esse modelo de positivismo durou pouco tempo, pois conforme destaca Streck [31], a interpretação é um dado inexorável da existência, tendo em vista que o Código em seu estado puro não consegue prever todas as soluções para a resolução dos problemas sociais. Desse modo, surge, no início do século XX, o segundo momento histórico do positivismo, conhecido como positivismo normativista, captaneado por Hans Kelsen – até hoje, duramente criticado.

O contexto era de um crescimento avassalador do poder regulatório do Estado e falência do modelo sintático de interpretação, que tornou-se frouxo e obsoleto. Aparece, então, o problema da indeterminação do sentido do Direito. É nesse cenário que Kelsen surge. Seu objetivo não era destruir a tradição positivista construída pela jurisprudência dos conceitos, mas reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas, de modo a enfrentar o desfalecimento do rigor jurídico propagado pela Jurisprudência dos Interesses e pela Escola do Direito Livre, o que favorecia a ascensão de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos. Logo, Kelsen chegou a uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático [19].

De acordo com o autor, a interpretação do direito é maculada por subjetivismos oriundos de uma prática solipsista e a única forma de corrigir essa indeterminação de sentido é a partir de uma terapia lógica que garanta que o Direito se movimente em um campo lógico rigoroso: a Ciência do Direito, discorrida em sua Teoria Pura. Segundo Kelsen [19], para que o direito não seja solapado pela economia, pela política e pela moral, deve adquirir uma autonomia própria que o blindar contra as próprias dimensões que o engedram, o que é sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional. Ou seja, a sua autonomia é a sua própria condição de possibilidade, no que não foi bem entendido, pois ainda hoje se pensa que, para Kelsen, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”.

A despeito das discrepâncias teóricas entre o exegetismo e o normativismo, não há dúvidas de que o *civil law* encontrou suas primeiras bases na mensurabilidade positivista, em geral associada à noção do juiz “boca da lei”. Neste sistema, a produção desenfreada de dispositivos foi historicamente relacionada à ideia de maior segurança jurídica, logo, o juiz

torna-se servo da legislação codificada. Ora, se ao magistrado cabe apenas declarar aquilo que já foi escrito ou predeterminado pela lei, diz-se que a natureza da jurisdição no *civil law* é declaratória.

A certeza do direito estaria resguardada na impossibilidade de o juiz interpretar a lei. Para o *civil law*, o juiz somente seguiria a vontade da lei, e em razão da certeza jurídica daí decorrente, o cidadão teria segurança e previsibilidade em suas relações, daí dizer-se que a natureza da jurisdição é meramente declaratória [23]. Tal, inclusive, é o modelo adotado no Brasil – o que, a propósito, tem suscitado diversas críticas doutrinárias, conforme se verá.

Diferentemente do *civil law*, o *common law*, que se consolidou na Inglaterra no contexto da Revolução Gloriosa de 1688, tem como fonte imediata o sistema de precedentes, ao lado da lei e dos costumes. Ao passo em que, na França, o parlamento revestiu-se do absolutismo por meio da elaboração da lei, na Inglaterra, a *lex* simbolizou um critério de comedimento do arbítrio do rei. Como a lei era essencial para a realização dos objetivos da Revolução Francesa, e os magistrados não mereciam a sua confiança, a supremacia do parlamento foi interpretada como subordinação do juiz à lei, proibido de interpretá-la para não adulterá-la e, desse modo, atravancar os objetivos do novo regime. Na Inglaterra, ao revés, não houve nenhuma intenção de submeter o juiz inglês à codificação, já que a lei intencionava expressar não só mero elemento introduzido em um direito ancestral, como que o juiz era “amigo” do novo poder que se estabeleceu, já que sempre lutara, junto ao legislador, contra o absolutismo [23].

No sistema inglês, a função do juiz era a de afirmar o *common law*, de modo que o Legislativo atuava em regime de complementariedade. Aliás, na tradição inglesa, o Parlamento sempre considerava as decisões emanadas das Cortes para, então, determinar e delimitar a lei oriunda da vontade do povo. É a partir daí, inclusive, que emerge a noção originária de *due process of law*, vista como a direção a ser seguida para a produção da lei baseada nos costumes [15].

Desse modo, o diferencial encontrado no *common law* é que, nele, o Legislativo não se opôs ao Judiciário, em realidade, com ele confundiu-se, tendo em vista que na Inglaterra o juiz lutou ao lado do parlamento contra o arbítrio do rei, na defesa dos direitos e liberdades do cidadão. Por esta razão, ao contrário do clima gerado pela Revolução Francesa, não havia na Inglaterra razão para desconfiar da Corte, com a suposição que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. No direito inglês, não houve espaço para defender o dogma da aplicação estrita da lei, pois o juiz inglês não só a interpretava, como dela extraía direitos e deveres, a partir do *common law* [23].

Desse modo, pode-se dizer que enquanto no *civil law* a decadência do jusnaturalismo racionalista deu vazão à era dos Códigos e à noção da função judicial como meramente declaratória da lei, no *common law*, originou-se a ideia de criação judicial do direito, nascendo a visão da natureza constitutiva da jurisdição [23].

Nesse contexto, o que possibilita concluir que o juiz do

common law cria o direito é a comparação da sua função com a do magistrado do *civil law*. Nesse sistema, quando se afirmava que o papel do julgador era tão somente externar o comando do legislador, o direito era concebido unicamente como lei. A função da Corte se resumia à aplicação das normas legisladas. O juiz inglês, ao contrário, teve espaço para controlar a legitimidade dos atos estatais. Um grande exemplo dado pela doutrina foi o julgamento do caso *Bonham*, em 1610, pelo juiz *Edward Coke*, segundo o qual, as leis deveriam se submeter a um direito superior, o *common law*, caso contrário, seriam nulas e destituídas de eficácia [26].

Segundo os estudos críticos de Marinoni [23], a decisão de *Coke* serve para mostrar que o juiz do *common law* realizava uma espécie de controle dos atos do parlamento. Para o autor, foi em *Bonham* que se viu o primeiro germe do controle da constitucionalidade das leis. Em razão do impacto do constitucionalismo, principalmente, o *civil law* evoluiu e deu ao juiz um poder parecido com o do magistrado inglês e, ainda mais, similar ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. Foi no exato momento em que a lei perdeu a supremacia, sujeitando-se aos comandos constitucionais, que transformou-se o significado de jurisdição.

Portanto, a noção de norma geral, abstrata, coesa e produto da vontade homogênea do Parlamento, típica dos ideários da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos, pois viveu-se a experiência da lei criada contrariamente aos interesses do povo e aos princípios de justiça. Logo, a *lex* passou a buscar contornos nos princípios constitucionais, ou seja, deixou de ter apenas legitimidade formal, adequando-se substancialmente aos direitos fundamentais [3].

A partir deste giro copernicano, o juiz deixa de ser servo da lei e avoca o protagonismo de atuá-la de acordo com os direitos insculpidos na Lei Maior. Ora, se ao juiz é dado negar a validade da lei frente à Constituição ou instituir regra essencial à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais de mero aplicador. Nesse passo, o magistrado brasileiro, hoje, tem poder criativo ainda maior do que o juiz inglês, pois, ao contrário deste, não presta respeito aos precedentes [23] – crítica que merece atenção, em que pese não seja objeto de discussão mais extensa neste trabalho, em razão do recorte da pesquisa.

De todo modo, se for perguntado a qualquer estudioso do *common law* a respeito da natureza do papel do juiz que deixa de aplicar a lei por reputá-la inconstitucional, que a interpreta conforme a Constituição, que aplica técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração parcial de nulidade sem redução de texto ou que supre uma omissão processual que regularia direito fundamental, muito provavelmente se surpreenderá. Nem se fale sobre outro fenômeno que dá ao juiz grande porção de poder equitativo indefinido: os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas abertas, como é o caso, por exemplo, da boa-fé. Este tipo de atividade judicante, na perspectiva da doutrina produzida no *common*

law, certamente não significa a mera declaração de direito, mas revela uma função verdadeiramente criadora [23].

Assim, observa-se que o *civil law* passou por um intenso processo de transformação da concepção da natureza da jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, e sim na Constituição, a jurisdição não mais se limita a meramente declarar a vontade da lei, mas a adequá-la aos princípios constitucionais. Desse modo, o juiz do *civil law* passou a exercer papel tão criativo quanto o seu colega do *common law*, havendo hoje verdadeira aproximação crítica do modelo jurisdicional brasileiro à natureza constitutiva da jurisdição [23]. Disto isto, cumpre agora demonstrar, na prática, como a atividade criadora do juiz tem sido recepcionada no Brasil, a partir de uma figura jurídica emblemática: a modulação dos efeitos da decisão na alteração de jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes.

III. O INSTITUTO DA MODULAÇÃO NA ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA FIRME OU DE PRECEDENTES VINCULANTES COMO UM REFLEXO DA ATIVIDADE CRIADORA DO JUIZ

Segundo a abalizada doutrinadora Teresa Arruda Alvim [2], o termo “modulação dos efeitos de uma decisão” diz respeito à manipulação ou calibração do modo como esses efeitos serão produzidos no mundo jurídico. A atualidade e relevância do tema parte da ousadia do legislador processual civil de 2015, ao criar a regra contida no art. 927, § 3º: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. A ideia partiu do Ministro e então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, que sugeriu a permissão expressa da modulação quando as Cortes, principalmente as Superiores, alterarem sua jurisprudência pacificada ou posição adotada em precedente vinculante.

Para a autora, o art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC), decorreu da constatação, por parte do legislador, de que as decisões do magistrado, especialmente as das Cortes Superiores, têm certa carga normativa, a qual não deve, em determinados casos, incidir de forma retroativa. O instituto da modulação foi gestado para materializar o princípio da proteção à confiança e, no nosso ordenamento, pode obstar o cabimento de ação rescisória, nas hipóteses em que a jurisprudência dominante toma outra direção ou quando a lei, em que se baseia a decisão, é declarada inconstitucional [2].

Em que pese a inovação trazida pelo CPC, a ideia de modulação, no direito brasileiro, está associada ao controle concentrado de constitucionalidade, a partir da introdução da Lei 9.868/1999 no ordenamento jurídico, mais especificamente seu art. 27. A regra é a de que a decisão de inconstitucionalidade é declaratória e produz efeitos *ex tunc*, tornando a norma inconstitucional desde a origem – corrente que tem início na doutrina da *Judicial Review*, firmada no caso *Marbury vs. Madison*. Ou seja, o controle concentrado, em regra, tem efeitos retroativos, salvo se houver modulação,

alterando a eficácia do *decisum*, que passa a gerar efeitos *ex nunc* [29].

Ocorre que a possibilidade de se darem efeitos prospectivos às mudanças de orientação pacificada dos tribunais e de tese jurídica adotada em precedente tem gerado muitas resistências doutrinárias, sendo a principal delas o fato de o juiz, ao dar efeitos prospectivos à sua decisão, estar atuando, de certa forma, como legislador, o que suscita questionamentos sobre a compatibilidade entre este fenômeno e a função jurisdicional do *civil law*, baseada na teoria declaratória [2].

Não se pode negar, todavia, que imprimir efeitos prospectivos a mudanças de orientação dos tribunais faz com que a atuação do magistrado, de fato, se aproxime à do legislador. No entender de Alvim [2] – posição à qual também nos filiamos – tratar a temática da modulação de forma mais assertiva, principalmente no sentido de se permitir atribuir à alteração de precedentes ou às famosas “viradas” de jurisprudência, costumeiras no Brasil, tão somente efeitos prospectivos, é medida que resulta da conclusão de que a atividade jurisdicional no país é, hoje, criativa. Sobre este ponto, nos debruçaremos mais adiante.

O fato é que, para além do respeito à confiança na lei em vigor, cuja presunção é de constitucionalidade, deve-se levar em consideração a implicação social dos efeitos retroativos para deliberar acerca da modulação. Um viés mais ortodoxo, que enxerga nas conexões abstratamente consideradas um esquema lógico fácil de lidar, encara a modulação como um fenômeno anormal, mas a visão pragmática do direito leva à improrrogável necessidade de que o instituto seja aceito. Trata-se, a bem da verdade, de proteção à confiança e de evitar uma retroatividade irrestrita da declaração de inconstitucionalidade da lei ou de determinada interpretação que lhe tenha sido dada [2].

Ora, uma visão pragmática do direito não pode deixar de levar em conta argumentos consequencialistas, consistentes em considerar os impactos da decisão do legislador, do juiz e do administrador no plano empírico. Nesse sentido, efeitos econômicos, sociais e culturais devem ser elididos ou potencializados pelo aplicador da lei em determinadas conjunturas, a partir do sopesamento daquilo que tem maior repercussão positiva para a sociedade [34].

Por óbvio, argumentos de consequência, de natureza pragmática, escapam à lógica clássica, mas a racionalidade da ciência jurídica não se restringe à lógica, pelo contrário, a lógica pura norteia poucas das situações jurídicas. Explicase: o *logos humano* não se esgota nas formas atemporais da lógica, logo, o direito deve ser elaborado, interpretado e executado pelos indivíduos em prol do bem-estar social. Nem por isso o direito deixa de ser ciência, muito embora se trabalhe como um tipo de racionalidade desprezada pelo positivismo clássico ou primevo. E é preciso que se atente a um fato: esse estilo de *logos* não lida com a verdade pronta e acabada, mas com o razoável e o possível, o que gera um certo grau de previsibilidade. Por certo, proteger a confiança, promovendo segurança jurídica, permite ao jurisdicionado certa dose de previsibilidade [2].

Por essa mesma razão, é importante frisar que o instituto da modulação não deve ser utilizado indevidamente, transformando-se em regra, quando, em realidade, é exceção, o que tende a gerar o efeito reverso: insegurança jurídica e elaboração de leis inconstitucionais. Não à toa que a excepcionalidade do instituto exige fundamentação qualificada e *quorum* maior do que o exigido para a própria declaração de inconstitucionalidade [25].

Em uma sociedade que prima pelo excesso de regras, leis, decretos, medidas provisórias e, por consequência, se perde no risco de não saber precisamente “o que é o direito”, a modulação é figura jurídica que cria segurança, resguardando a boa-fé e a confiança. Dessa forma, o instituto deve ser tratado a partir de uma perspectiva voltada para o presente: modificada a pauta de conduta, a ação do jurisdicionado deve ser avaliada não partindo da nova pauta, mas da anterior, a que ele se submeteu anteriormente, de boa-fé, porque confiou. Isso porque lidar com o direito implica atentar para o necessário equilíbrio entre sua adaptação às alterações sociais e a garantia da estabilidade, sem a qual não há previsibilidade [2].

Nesse sentido, válido ressaltar que uma das mais importantes atribuições do direito é a de gerar previsibilidade, no sentido de “calculabilidade”. Mas como a ciência jurídica serve à sociedade e esta se modifica, também é imperioso que o direito seja adaptável. E a adaptabilidade não se dá senão com uma considerável contribuição “pessoal” do magistrado. A capacidade de adaptar-se, no entanto, não deve ser exercida de forma desmedida, mas amena, justamente para não prejudicar a segurança jurídica. Portanto, as alterações não devem ocorrer do dia para a noite, e sim ser norteadas pelos ambientes decisoriais – princípios e regras de direito material que disciplinam o caso posto sob apreciação judicial [2].

Um dos maiores exemplos que se tem no direito brasileiro é a evolução da disciplina jurídica dada pelo Judiciário à concubina, hoje companheira. Em 1947, por exemplo, finda a união, a concubina recebia um salário mínimo mensal, pelo período em que tinha durado a convivência, sendo equiparada a alguém que prestava serviços sexuais, só podendo pleitear o reconhecimento da sociedade de fato se existisse entre o casal uma sociedade comercial.

Hoje, diferentemente, o Constituinte de 88 introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da união estável, reconhecendo-se diversos direitos para a companheira, como o regime da comunhão parcial de bens. Em outras palavras, conforme as mudanças de costumes, a companheira passou a receber tratamento segundo os ditames da dignidade humana [5].

Desse modo, é importante que as alterações, quando ocorram, respeitem os ambientes de decisão, para que a sociedade não sinta a mudança de forma brusca. E mais: nos ambientes decisoriais chamados de “frouxos”, o Judiciário deve, de forma branda e gradativa, inovar, agregando, aos julgados, alterações externas ao direito – sociológicas, éticas, sociais e científicas – por meio dos chamados “poros” contidos nas normas – cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados

e princípios jurídicos –, adaptando a ciência jurídica à realidade. São elementos que, de igual modo, denotam o valor constitutivo da jurisdição [2].

Nesse contexto, convém destacar que as cláusulas gerais, os conceitos vagos e indeterminados e os princípios jurídicos influem numa certa margem de liberdade que o magistrado tem para decidir e permitem que penetrem no direito elementos extrajurídicos, possibilitando ao juiz a busca da solução mais adequada ao caso concreto, norteado por valores, padrões ético-sociais, usos e costumes existentes à época. Por essa razão, dá-se a estes elementos o nome de “poros”, que oxigenam o sistema. Trata-se não de simples alteração do direito, mas de sua evolução [4].

Frise-se que não se está a defender aqui a alteração da jurisprudência como resultado da mera mudança de opinião dos juízes ou da composição dos Tribunais, o que é extremamente nocivo. Esse tipo de alteração brusca não significa evolução do direito, pelo contrário, impede definitivamente a uniformização, já que inviabiliza a estabilização [2]. O que se sustenta no presente trabalho é a transmutação do direito para atender, de modo mais veemente, ao princípio da dignidade humana, o que se faz dialogando com a sociedade, com a incorporação de fatores sociológicos, éticos, sociais e científicos.

Conforme destaca Alvim [2], não é qualquer alteração jurisprudencial que pode ser objeto de modulação, mas sim aquela iterativa, predominante ou pacificada de um tribunal. Sobre esse ponto, atentamos para um destaque primordial: em nosso entender, nem todo entendimento jurisprudencial pode ser enquadrado como jurisprudência firme. Desta feita, órgãos fracionários – turmas, câmaras e seções – não têm o condão de pacificar o entendimento sobre determinado tema, diferentemente de um órgão plenário. Admitir o contrário seria assumir o risco de se banalizar o instituto da modulação, de forma que toda e qualquer mudança na jurisprudência pudesse gerar efeitos prospectivos, afetando a segurança jurídica.

Tal qual já ventilado nos parágrafos anteriores, a doutrina tem dado a devida atenção à carga normativa da jurisprudência, que conforme defendido acima, diz respeito à jurisprudência firme dos tribunais. Tem-se reconhecido que decisões judiciais não constituem apenas fonte do direito: são o próprio direito. Para Klappstein [20], por exemplo, o direito elaborado pelos magistrados consiste nos princípios jurídicos desenvolvidos pelos tribunais na interpretação e na aplicação do direito usado como fundamento para os julgados. Portanto, é natural que os juízes singulares e órgãos de segundo grau se submetam ao entendimento adotado pelos Tribunais Superiores.

Na acertada conclusão de Cabral [9], são estes tribunais, principalmente em países que adotam o sistema federativo, os responsáveis por uniformizar o direito. Ademais, quanto mais alta é a instância, menos estas decisões estão sujeitas a modificações. Além disso, as decisões das cortes superiores tendem a possuir uma maior constância no tempo, o que as levam a serem superadas com menor regularidade.

Ora, se as decisões do magistrado, seja em jurisprudência pacificada ou precedente de tribunal superior, principalmente os vinculantes, constituem normas jurídicas e se estas podem ser alteradas (porque a jurisprudência muda), é normal a preocupação com a existência de normas de direito intertemporal no que concerne à sua eficácia, se *ex tunc* ou *ex nunc* [2].

Quanto à intertemporalidade do direito, Presgrave, Borges e Pinheiro [27] destacam que apenas quando se adentra nessa zona de transição, é viável encontrar mais questionamentos do que respostas para os dissensos estabelecidos, ocasião em que se percebe a dificuldade ao se aplicar um diploma legal em detrimento de outro, resguardando a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, o que faz o processo avançar sem causar prejuízos de ordem material e subjetiva aos envolvidos. Todos esses fatores, somados, são aptos a solucionar o conflito entre “previsibilidade e segurança” e as “necessidades de adaptação do sistema às mudanças sociais”.

E aqui faz-se um outro destaque que norteia, em grande medida, a escrita do presente artigo: o pensamento de que a sentença judicial surge pura e simplesmente da regra codificada, e é tão somente declaratória do direito preexistente, encontra-se definitivamente superado. Essa ideia deu lugar à de que a atuação do juiz é, hoje, criativa [10].

Ocorre que o verbo “criar” pode parecer carregado e dar a falsa impressão que trata-se de uma criatividade livre, como a do artista. O magistrado pode, em realidade, criar quando: i) a norma não existe ou é ineficiente e ii) há uma multiplicidade de sentidos que podem ser destinados ao texto normativo. E, para que a sua criatividade seja saudável, deve respeitar os princípios e valores do sistema, reduzindo sua inventividade [9].

Só se pode falar em direito criado pelos juízes, no entanto, quando: i) as divergências forem pacificadas ou houver uniformização e ii) o entendimento se tornar uno e estável. A jurisprudência só gera norma jurídica quando formalmente uniformizada ou espontaneamente pacificada. Reconhecer, no *decisum*, a função de precedente – capaz de orientar e impor o teor de decisões posteriores sobre casos semelhantes – transforma-o em norma jurídica [2].

Observa-se hoje, como já dito, que a lei está recheada de cláusulas gerais, conceitos vagos ou indeterminados e princípios jurídicos (“poros”), aos quais Dworkin atribui o verdadeiro *status* de trunfos. Conclui-se, então, que a lei, isoladamente, não garante isonomia aos jurisdicionados, pois antes passa pelo filtro dos Tribunais para que estes decidam os casos concretos, a partir de processos interpretativos complexos que acabam por criar regras jurídicas. Portanto, o juiz do *civil law*, hoje, exerce uma dupla função: resolve o conflito posto sob sua apreciação e, ao mesmo tempo, contribui para a construção e evolução do ordenamento jurídico [2]. E é nesse contexto que a atuação do juiz hoje tornou-se muito mais constitutiva do que meramente declaratória, aproximando-se do *common law*.

Resta-nos, por fim, analisar os critérios listados pela dou-

trina para identificar em quais casos se deve modular, a fim de que o instituto não seja banalizado, atentando, ainda, para a situação específica dos processos dito estruturantes.

IV. OS CRITÉRIOS PARA A MODULAÇÃO E A SITUAÇÃO PECULIAR DOS PROCESSOS ESTRUTURANTES

Em seus estudos, Alvim [2] elencou três critérios cumulativos essenciais à identificação de casos em que a modulação deve ocorrer. O primeiro é a existência anterior de pauta de conduta confiável, seja em lei, interpretação firme ou precedente vinculante. Ou seja, a orientação adotada anteriormente deve ter sido firme e duradoura, com o objetivo de proteger a confiança do jurisdicionado nos atos do Estado, na pauta de conduta criada pelo Poder Judiciário.

O segundo requisito é a obrigatoriedade de um ambiente decisório rígido que, por si só, não aconselha a alteração do direito – da pauta de conduta – por obra do Poder Judiciário. Trata-se de áreas do Direito mais duras e inflexíveis, em que a jurisprudência não deve mudar, pois a necessidade de previsibilidade é irrenunciável, como é o caso do direito penal e do direito tributário [32].

Tem-se, como exemplo, decisão recente tomada pelo pleno do STF em matéria tributária, em sede de repercussão geral, quando do julgamento do RE 955227 (Tema 885) e do RE 949297 (Tema 881). Os ministros determinaram que os contribuintes com decisão transitada em julgada permitindo o não pagamento da CSLL serão obrigados a voltar a pagar o tributo desde 2007, data em que a Corte reconheceu a constitucionalidade da contribuição no julgamento da ADI nº 15 [33].

O plenário estabeleceu, por unanimidade, que um contribuinte que obteve uma decisão judicial favorável com trânsito em julgado permitindo o não pagamento de um tributo perde automaticamente o seu direito diante de um novo entendimento do Supremo que considere a cobrança constitucional. O entendimento é que a cessação de efeitos da coisa julgada é automática diante de uma nova decisão do STF, não sendo necessário que a União ajuíze ação revisional ou rescisória [33].

No entanto, os ministros negaram, por 6x5 votos, o pleito de modulação de efeitos formulado pelos contribuintes. O pleito era para que referida decisão, datada de 08/02/2023, tivesse efeitos a partir da publicação da ata de julgamento de mérito dos recursos, o que permitiria que a União cobrasse o tributo apenas a partir de 2023. Com a negativa, a cobrança poderá ser retroativa a 2007 [33].

O terceiro e último critério para identificação de casos em que a modulação deve ocorrer é a necessidade de modulação quando a alteração de entendimento prejudica o particular, se o Estado estiver, de alguma forma, envolvido na questão decidida. Em outras palavras, se a nova orientação prejudica o jurisdicionado, deve haver modulação. Parte-se do pressuposto que o particular não merece arcar com os ônus decorrentes da incoerência estatal. Nesse sentido, Georges Abboud [1] ressalta que devem prevalecer os direitos fundamentais, ainda que em detrimento do interesse público, pois estes são

a garantia contra o abuso do Estado. Portanto, quando se dá à nova orientação efeitos retroativos, prejudicando o particular, em situações em que o Estado é parte, ofende-se a direito fundamental.

Caso à parte, no entanto, é um grupo de situações peculiar em que deve haver algum tipo de modulação, mas que nada tem relação com as hipóteses anteriormente tratadas, identificáveis por meio dos três critérios acima elencados. Este grupo é formado de ações com atributos especiais: os chamados processos estruturantes. Nestes casos, o juiz acaba ingressando no campo das políticas públicas, ofício que não se restringe somente a aplicar o direito ao caso concreto, tornando a tarefa de julgar semelhante à do legislador ou à do administrador público. Ao assim fazê-lo, o juiz exerce verdadeira função criadora do direito, o que imprime às decisões judiciais carga normativa alta [2].

Nestas hipóteses, a fixação de um precedente com elevada carga normativa tem como enfoque tão somente colocar uma nova política em prática, o que dispensa efeito retroativo. Foi este raciocínio que orientou, por exemplo, efeitos *ex nunc* ao caso *Linkleher vs. Walker* (1985), em que se intenciou criar um novo entendimento cuja finalidade era desestimular a produção de provas ilícitas [29].

Interessante notar que com a Constituição Federal de 1988, mais especificamente seu art. 3º, o Estado Social de Direito transmutou-se para Estado Democrático de Direito, gerando para o Estado a obrigação de cumprir com os objetivos fundamentais. Esta nova guinada fez com que a concepção mais rígida de separação de poderes fosse atenuada pela ideia de controle judicial dos atos legislativos e executivos, à luz da Constituição, permitindo esta atuação mais assertiva por parte do Judiciário [14].

Para Alvim [2], nesses casos, a modulação é possível, mesmo que não haja orientação firme anterior, isto é, ainda que a proteção à confiança do particular não seja protegida, diferente das situações tradicionais. Ou seja, neste grupo peculiar, o respeito à confiança não guarda tanta relevância, pois a “nova política” pode ser implementada ainda que, anteriormente, as normas não fossem claras, a ponto de incutir confiança no particular.

Portanto, existe uma circunstância especial que, em regra, leva à necessidade de modulação: a das decisões judiciais acerca de políticas públicas. Na inércia do Executivo e do Legislativo, o Judiciário acaba tomando um protagonismo maior do que o desejado a fim de realizar princípios fundamentais. Toma-se, como exemplo, recente julgamento de recurso especial, representativo da controvérsia, que trata do dever do Estado de fornecer medicamentos não constantes dos atos normativos do Sistema Único de Saúde (SUS).

Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) elencou três critérios para que se considerasse existente este dever: 1) Comprovação, por meio de laudo médico devidamente motivado e circunstanciado emitido por médico que acompanhe o paciente, da imprescindibilidade de concessão do fármaco, bem como da ineficácia dos medicamentos disponibilizados pelo SUS, para o tratamento da doença; 2) Incapacidade

econômica de arcar com o custo do remédio prescrito e 3) Existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos por ela autorizados.

Assim, foi realizada a modulação, de forma que não se aplicassem tais requisitos ao caso sob judge: os critérios seriam exigidos somente no futuro, para os processos distribuídos, no primeiro grau, a partir da publicação do acórdão embargado. Nesta situação peculiar, não havia confiança a ser protegida e a modulação não serviu a esta atribuição.

É factível crer que estes casos, em que o julgador executa concretamente princípios constitucionais, mas não restringe a sua função à estrita aplicação da lei à situação em apreço, se enquadram num grupo seletivo, que vem sendo classificado pela doutrina como processos estruturantes. Nestas hipóteses, o magistrado atua, em conjunto com o Legislativo e o Executivo, no processo de atribuir significados a valores públicos, operacionalizando as organizações burocráticas [2].

Foi o professor Owen Fiss, da Universidade de Yale, o responsável pelo desenvolvimento doutrinário dos chamados processos estruturantes. Segundo Fiss [12], neste tipo de litígio, o Poder Judiciário se depara com uma verdadeira burocracia estatal, fazendo-se necessária a imposição de *injunctions*, ou seja, reformas estruturais de reconstrução das instâncias institucionais.

Para grande parcela da doutrina brasileira, o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* é considerado o *leading case* das *structural reforms*. Linda Brown era uma criança negra de apenas 6 anos de idade que residia na cidade de Topeka, Kansas, e para ter acesso ao sistema educacional, precisava atravessar toda a cidade, pois as outras escolas públicas próximas de sua casa não aceitavam alunos negros. Após reiteradas resistências por parte das autoridades escolares em matricular Linda nas escolas públicas próximas à sua residência, foi ajuizada uma ação contra o Conselho de Educação (*Board of Education of Topeka*) solicitando sua transferência para uma escola pública mais próxima do local onde morava [13], [17], [18], [21].

O caso foi finalmente julgado em 17 de maio de 1954, quando a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a segregação escolar resultante de políticas públicas tendentes à perpetuação discriminatória era inconstitucional, por violar a décima quarta emenda da Constituição. O principal argumento utilizado pelos *Justices* foi o de que a separação escolar fundamentada tão somente na cor da pele é inerentemente desigual, ainda que crianças brancas e negras tivessem acesso a escolas de mesma qualidade, pois separá-las dos outros de idade e qualificação similar somente em virtude de sua raça gera um sentimento de inferioridade que pode afetá-las de modo irreparável [6].

Percebe-se, a partir do caso *Brown*, que processos estruturais podem ser conceituados como aqueles em que se objetiva obter do Judiciário a reestruturação de uma determinada organização social ou a solução consistente na elaboração de uma política pública, com o objetivo de concretizar direitos sociais ou interesses socialmente relevantes, que, segundo Bucci [6], é o fim próprio das políticas públicas.

Portanto, em razão destas complexas situações, em que o magistrado precisa vislumbrar o coletivo como pano de fundo do pleito individual e agir como legislador ou administrador público, é inevitável que ao julgar, sua atuação não se limite a aplicar a lei ao caso concreto: colabora, também, na implementação de novas políticas, auxiliando na construção da pauta de conduta para o jurisdicionado, a partir da construção jurisprudencial.

Nesse contexto, constantes são as mudanças de rumo, que não podem ser encaradas como simples alterações na concepção do sentido da lei. Por essa razão, nestes casos, entendemos, assim como Alvim [2] que a problemática referente à eficácia das decisões, enquanto jurisprudência firme ou precedentes vinculantes, à modulação, necessita ser vista de outra forma. O juiz, em certo grau, acaba exercendo uma função mais ativista, uma vez que a sua atribuição é muito mais de se colocar no lugar do administrador e menos de aplicar o direito ao caso concreto. No cenário desenhado, o ativismo judicial faz parte da solução, não do problema.

É importante que se destaque, nessa perspectiva, a relevância atribuída por Jobim [16] à efetiva participação do *amicus curiae* e à realização de audiências públicas na construção dialogada da decisão, os quais devem manifestar-se acerca do mérito e da necessidade (ou não) de modulação. Para o autor, esta é uma forma de assegurar a democracia participativa, concedendo ainda mais legitimidade ao processo democrático.

Assim, ganha evidência a figura do *amicus curiae*, como sendo capaz de trazer para o julgador um viés que melhor equacione os fatos subjacentes às normas jurídicas aplicáveis e suas consequências práticas, a partir de diversas óticas: a consumerista, a bancária, a das organizações, a das associações, a da defesa da causa animal, entre outras [7]. Já das audiências públicas participam setores da sociedade que advogam seus pontos de vista, com base no tema tratado no caso, em ambiente democrático criado para tanto: economistas, médicos, representantes de sindicatos e outras categorias fazem-se presentes para deliberar [2].

Nessa conjuntura, é inegável que o Judiciário brasileiro tem exercido atividades que, de rigor, seriam atribuíveis ao Executivo e ao Legislativo, controlando a postura estatal, corrigindo erros e coibindo práticas abusivas. Já há a consciência de que existem dificuldades empíricas para a implementação de decisões judiciais, o que tem levado os juízes a agirem como coordenadores e executores de políticas públicas.

Embora o art. 927, § 3º, do CPC tenha sido idealizado para alteração de jurisprudência, entendemos que este possui amplo campo de abrangência, servindo, para a fixação de um precedente vinculante, quando razões de interesse social e segurança jurídica imponham a irretroatividade, o que ocorre, em geral, quando o Judiciário atua como administrador. Este tipo de conduta é ainda mais perceptível em casos enquadrados na categoria de processos estruturantes.

V. CONCLUSÃO

Notadamente, o advento do constitucionalismo no Brasil desbancou a concepção de uma natureza de jurisdição meramente declaratória, restrita à aplicação da lei ao caso concreto, típica do *civil law*. A supremacia da Constituição impôs a observância, pelos Códigos, dos princípios fundamentais, de modo que o juiz passou a exercer função criativa, interpretando e extraindo da lei direitos e deveres. Seu papel, agora, não limita-se mais a executar o que antes fora predeterminado: participa da própria criação do direito, aproximando-se de uma jurisdição constitutiva, semelhante ao sistema do *common law*.

Nesse sentido, a inovação trazida pelo art. 927, § 3º, do CPC, consubstancia um grande exemplo de como a atividade do juiz brasileiro é, hoje, criativa. O legislador possibilitou, expressamente, a propagação de efeitos prospectivos às mudanças de orientação pacificada dos tribunais e de tese jurídica adotada em precedentes vinculantes. O objetivo foi preservar a confiança: modificada a pauta de conduta, a ação do particular deve ser avaliada não partindo da nova pauta, mas da anterior, a que este se submeteu antes, de boa-fé, porque confiou.

É a visão pragmática do direito que leva à necessidade de que o instituto da modulação seja aceito. Evita-se, dessa forma, a retroatividade irrestrita da declaração de inconstitucionalidade da lei ou de determinada interpretação que lhe tenha sido dada. 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 estatal, inclusive nos atos do Poder Judiciário. O Estado não pode frustrar o jurisdicionado, tendo condutas contraditórias e surpreendentes. O princípio da confiança é ínsito ao Estado de Direito.

Ademais, também foi visto que uma visão pragmática do direito não pode deixar de levar em consideração argumentos consequencialistas, consistentes em considerar os impactos da decisão judicial no plano da faticidade. Portanto, efeitos econômicos, sociais e culturais devem ser afastados ou potencializados em determinados contextos, a partir do sopesamento daquilo que tem maior impacto social positivo.

Em ambientes de decisão “frouxos”, o Judiciário deve, de forma amena e paulatina, inovar, agregando aos julgados externalidades sociológicas, éticas, sociais e científicas, o que é feito por meio dos chamados “poros” do direito: as cláusulas gerais, os conceitos vagos e indeterminados e os princípios jurídicos. Somente assim, provavelmente, se adaptará a ciência jurídica à realidade.

Ora, se a lei, isoladamente, não garante isonomia aos jurisdicionados, é preciso que se submeta, antes, a processos interpretativos complexos que acabam por criar regras jurídicas, resultando em decisões judiciais com alto grau de normatividade. É nesse contexto que, a nosso ver, o sistema jurisdicional brasileiro, hoje, guarda aproximação crítica com a natureza constitutiva da jurisdição. O juiz acaba exercendo uma dupla função: resolve o conflito posto sob sua apreciação e, ao mesmo tempo, contribui para a construção e evolução

do ordenamento jurídico.

Por fim, é preciso atentar que a despeito dos critérios clássicos criados pela doutrina para saber quando modular, há um grupo peculiar que foge à regra da cumulação de requisitos: os processos estruturantes. Nestas hipóteses, entendemos que, como o juiz ingressa no terreno das políticas públicas em razão da inércia estatal, de mero aplicador, torna-se legislador e administrador. Portanto, a modulação é possível, ainda que a proteção à confiança não seja protegida, pois a “nova política” pode ser implementada ainda que, anteriormente, as normas não fossem claras, a ponto de incutir confiança no particular.

Referências

- [1] ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 367.
- [2] ALVIM, Teresa Arruda. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, passim.
- [3] ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: FERRAJOLI, Luigi et al. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001, p. 34.
- [4] ÁVILA, Ana Paula. A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77.
- [5] BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord.). Estudos de Direito Processual em Homenagem a Paulo César Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 702.
- [6] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Maria Paula Dallari Bucci. (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.
- [7] BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.
- [8] CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. Revista Repra, São Paulo, n. 221, p. 13-48, jul/2013.
- [9] CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudanças e transições de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodvm, 2019, p. 643.
- [10] CASTANHEIRA NEVES, António. O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 11-12.
- [11] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 559-560.
- [12] FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. In: Sérgio Cruz Arenhart; Marco Félix Jobim; Gustavo Osna. (Org). Processos Estruturais. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 1.061-1.084.
- [13] FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Respostas Simples para Problemas Complexos? Processos Estruturais e a Proteção Equitativa dos Direitos Fundamentais. In: Sérgio Cruz Arenhart; Marco Félix Jobim; Gustavo Osna. (Org). Processos Estruturais. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 415-416.
- [14] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Judiciário. Revista de Processo, São Paulo, n. 164, p. 9-28, out/2008.
- [15] GROTE, Rainer. Rule of Law, Etat de Droit and Rechtsstaat: The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments, n. 8, p. 127-176, 2002. Disponível em: www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html. Acesso em: 16 dez. 2022.
- [16] JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education (I e II). In: Sérgio Cruz Arenhart; Marco Félix Jobim; Gustavo Osna. (Org). Processos Estruturais. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 891.
- [17] JOBIM, Marco Félix. Medidas Estruturantes na Jurisdição Constitucional: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 166-172.
- [18] JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. Processos Estruturais. Objeto, Normatividade e sua Aptidão para o Desenvolvimento. In: Sérgio Cruz Arenhart; Marco Félix Jobim; Gustavo Osna. (Org). Processos Estruturais. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 231.
- [19] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 250-251.
- [20] KLAPPSTEIN, Verena. Schriften zur Rechtstheorie Heft 243, Die Rechtsprechungänderung mit Wirkung für die Zukunft. Berlin: Duncker Humblot, 2008, p. 39.
- [21] KLUGE, Cesar Henrique; VITORELLI, Edilson. O Processo Estrutural no Âmbito do Sistema Interamericano: Reflexões a Partir do Caso Cuscul Pivara e outros vs. Guatemala. In: Sérgio Cruz Arenhart; Marco Félix Jobim; Gustavo Osna. (Org). Processos Estruturais. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 337.
- [22] MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, n. 49, p. 11-58, 2009.
- [23] MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, passim.
- [24] MAGALHÃES JR, Alexandre Alberto de Azevedo. A intervenção do amicus curiae e a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade. Revista de Processo, São Paulo, n. 294, p. 356-386, ago/2019.
- [25] PLUCKNETT, Theodore. Bonham’s Case and Judicial Review. The Harvard Law Review Association, n. 1, p. 30-70, 1926.
- [26] PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello; BORGES, Andressa Solon; PINHEIRO, Carlos André Maciel. Os Enunciados Administrativos do Superior Tribunal de Justiça: Desnaturalização Jurídica e Direito Intertemporal. Revista Pensamento Jurídico, n. 1, 2019.
- [27] RIBEIRO, Marcelo. As Influências do Pensamento Filosófico para a Concepção da Hermenêutica Jurídica e sua Aplicação na Seara Processual. Revista Humanidades Inovação, Tocantins, n. 20, p. 346-354, dez/2022.
- [28] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- [29] SESMA, Victoria Iturralde. El precedente em el common law. Madrid: Civitas, 2005, p. 176.
- [30] STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista? Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jul/2010.
- [31] STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 45.
- [32] STEINER, Eva. Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions. Berlin: Springer International Publishing Switzerland, 2015, p. 18.
- [33] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Entenda a decisão sobre “coisa julgada” na área tributária tomada pelo STF. 2023.
- [34] TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). Direito Tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF. São Paulo: Quartier latin, 2010, p. 199-234.



MARCELO BEZERRA RIBEIRO

Pós-doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor e Mestre em Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor permanente do PPGDF da UNAMA. Professor convidado da especialização da PUC/RS. Líder do grupo de pesquisa: Hermenêutica, Processo e Direitos Fundamentais. Advogado. Árbitro da CAMES. Consultor Jurídico. Membro da Academia Brasileira de

Direito Processual Civil, da ANNEP e do IBDF.



AMANDA CORRÊA PINTO

Mestranda no PPGDF da UNAMA, na modalidade bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Público pelo CESUPA. Professora da Graduação em Direito do UNIFAMAZ. Membro do grupo de pesquisa: Hermenêutica, Processo e Direitos Fundamentais. Advogada.

...

...