

SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES, SEUS EFEITOS (RETROATIVO OU PROSPECTIVO) E O EFEITO SUSPENSIVO DE APLICABILIDADE DA SUPERAÇÃO PARA ANÁLISE DE EVENTUAL MODULAÇÃO. ¹⁰⁴

THE OVERRULING OF PRECEDENTS, ITS EFFECTS (RETROACTIVE OR PROSPECTIVE) AND THE SUSPENSIVE EFFECT OF THE APPLICABILITY OF THE OVERRULING FOR ANALYSIS OF POSSIBLE MODULATION.

Bruno Augusto Sampaio Fuga

Advogado e Professor. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-doutor pela USP. Mestre em Direito pela UEL. Pós-graduado em Processo Civil. Pós-graduado em Filosofia Jurídica e Política pela UEL. Conselheiro da OAB Londrina/PR. Editor chefe da Editora Thoth. E-mail brunofuga@brunofuga.adv.br.

RESUMO: A *contextualização* do presente artigo tem como foco abordar temas relacionados aos precedentes na ótica do Processo Civil, em especial a análise de superação de precedentes, seus efeitos (retroativo ou prospectivo), a possível modulação, o julgamento no modelo bifásico, possível quórum e o momento para julgar a modulação, bem como o uso dos embargos de declaração para essa finalidade. O *objetivo* do estudo é discorrer sobre a regra de retroatividade na superação de precedente de acordo com o art. 927, §3 e §4º, mas a possível modulação de efeitos de acordo com os mesmos artigos legais citados, assim como ser prudente que esse pedido de modulação seja recebido com efeito suspensivo para evitar danos na aplicação incorreta do precedente diante da possibilidade de modulação. Em destaque também o *objeto* do artigo é apresentar estudo sobre a forma

bifásica de julgamento (primeiro a possível superação e depois a modulação), bem como o momento e o possível quórum de julgamento da fase de modulação. O uso dos embargos de declaração como peça processual é também objeto de estudo do presente artigo. Os principais *resultados* e *conclusões* estão relacionados a real constatação de ser a regra o efeito retroativo na superação de precedentes de acordo com o texto legal, ou seja, embora possa ser desejável (e às vezes necessário) a aplicação do efeito prospectivo, a regra legal ainda é a retroatividade, mas, como afirmado, é possível a modulação, além de ser prudente o referido pedido ser recebido com efeito suspensivo.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de Declaração; Superação de Precedentes; Precedentes; Modulação de Efeitos; Efeito Suspensivo.

¹⁰⁴ Artigo recebido em 16/07/2024 e aprovado em 02/10/2024.

ABSTRACT: The *contextualization* of this paper focuses on topics related to precedents from the perspective of the Brazilian Civil Procedure, particularly the analysis of overruling precedents, its effects (retroactive or prospective), possible modulation, the two-phase model decision, possible quorum and the moment to decide on modulation, as well as the use of motion for clarification (an appeal in the Brazilian legal system) for this purpose. The purpose of the study is to discuss the rule of retroactivity in overruling precedent in line with art. 927, §3 and §4 of the Brazilian Code of Civil Procedure, but the possible modulation of the effects according to the same legal articles referred to above, and it is prudent for the request for modulation to be received with suspensive effect to avoid damage in the incorrect application of the precedent given the possibility of modulation. The purpose of the paper is also to present a study on the two-phase decision (first the possible overruling and then the modulation), as well as the moment and possible quorum for the modulation-phase decision. The use of motion for clarification as a procedural document is also subject matter of this paper. The main *results* and *conclusions* are related to the fact that retroactive effect is the rule when overruling precedents according to the legal text, i.e. although it may be desirable (and

sometimes necessary) to apply the prospective effect, the legal rule is still retroactivity, i.e. modulation is possible, and it is prudent for the request for modulation to be received with suspensive effect.

KEYWORDS: Motion for Clarification; Overruling of Precedents; Precedents; Modulation of the Effects; Suspensive Effect.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda temática relacionada à aplicação dos precedentes no processo civil.¹⁰⁵ Iniciaremos apresentando que é possível superar precedentes e a regra, se superado o precedente, é a aplicação retroativa do novo entendimento firmado na superação. No entanto, apresentamos o entendimento legal de que é possível, por segurança jurídica, haver modulação de efeitos (efeitos prospectivos).

Na sequência do artigo abordamos o tema do *momento* adequado para julgar a possível modulação, bem como o possível *quórum* de julgamento para referida análise. Daremos destaque também ao necessário julgamento de forma bifásica, ou seja, primeiro a superação e depois a necessidade (ou não) de modulação (CPC, art. 927, §4º).

¹⁰⁵ Ver sobre o tema também em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da ratio decidendi, da tese e do dispositivo do precedente. *Revista de Processo* | vol. 325/2022

| p. 379 - 407 | Mar / 2022; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Editora Thoht, 2020.

O artigo encerra com apontamentos sobre a necessidade de ser recebido o eventual pedido de modulação por meio de embargos de declaração com efeito suspensivo, a fim de evitar danos na incorreta aplicação do precedente.

1 A REGRA É O EFEITO RETROATIVO NA SUPERAÇÃO

Humberto Ávila aponta que “enquanto a lei se destina ao futuro, as decisões judiciais, em regra, vertem sobre o passado”, a permitir que a regra seja a retroatividade na *superação* de entendimentos firmados em precedentes. A modulação, neste sentido, depende de razões fático-jurídicas relevantes.¹⁰⁶

Deste modo, enquanto fontes produtoras de normas interpretativas, os pronunciamentos judiciais produzem efeitos, em sentido amplo, “retroativos”.¹⁰⁷

Assim, a regra é o efeito *retrospectivo* na hipótese de *superação*

de entendimento no Brasil.¹⁰⁸ Embora a regra, o efeito retrospectivo pode causar algumas injustiças. O efeito retrospectivo pode trazer *não apenas um futuro incerto (o que já seria ruim), mas também um contraditório “passado incerto”*.¹⁰⁹

Assim, o STJ, já na vigência do Código de Processo Civil de 2015, manifestou que a regra é a retroatividade – STJ, EDcl no REsp 1.285.463/SP e STJ, EDcl no EREsp 1.134.957/SP. Ocorre, porém, que a legislação atual traz de forma expressa a possibilidade de *modulação* dos feitos, ou seja, a regra é o efeito retroativo, todavia, veremos adiante que em algumas situações o efeito prospectivo é possível.

E como há uma nova sistemática processual com “precedentes “com grande força vinculativa,¹¹⁰ a eventual alteração de entendimento *ganha grande repercussão*. Diga-se, inclusive, que essa modulação é possível na hipótese de alteração do precedente e não quando ele é formado.¹¹¹

¹⁰⁶ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. Malheiros Editores. São Paulo, SP. 2011, p. 474.

¹⁰⁷CAPONI, Remo. Overruling em matéria processual e garantias constitucionais. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1 – Jun. 1985 – Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 1985, p. 66.

¹⁰⁸Não concordamos, portanto, com o “FPPC – Enunciado 55: Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto.” No decorrer dos comentários ao artigo da recomendação, demonstraremos os fundamentos.

¹⁰⁹Frase atribuída ao ex-ministro Pedro Malan. *O passado é incerto*, disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/o-passado-incerto-565154.html>

¹¹⁰ Ver sobre o tema em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da ratio decidendi, da tese e do dispositivo do precedente. *Revista de Processo* | vol. 325/2022 | p. 379 - 407 | Mar / 2022

¹¹¹CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante do STJ (art. 927, §3º, do novo CPC). *In: O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor Jurista e Ministro Luiz Fux : volume II...*

Sobre este assunto, um tribunal que aplica uma decisão de superação (*overruling*) deve estar constantemente ciente de que o seu próprio critério constitui a base desta aplicação. Deve considerar cuidadosamente as *consequências* do efeito retroativo e fazer um julgamento *explícito* com base nessa consideração. Em qualquer caso, a operação de superação (*overruling*) não deve ser controlada por regras obrigatórias nem deve ser decidido por padrão.¹¹²

Além disso, discorreremos adiante que a retroatividade ou o efeito *prospectivo*, de acordo com nosso entendimento, deve ser *obrigatoriamente* tratado na decisão, mesmo sendo a regra o efeito retroativo. O motivo é simples, segurança jurídica - ou seja, para retroagir ou não, deve constar na decisão os motivos.

Adiante segue explorando o tema *prospective overruling*, inclusive no Código de Processo Civil de 2015, momento oportuno para complementar as informações deste artigo.

- 2 ed – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 438 a 443.

¹¹² T. C. M., Jr. The effect of overruling prior judgments on constitutional issues. *Virginia Law Review*, vol. 43, nº 8, 1957, pp. 1294.

Sobre regras para superação (*overruling*) ver em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Critérios para superação de precedentes: a busca de critérios não subjetivos para superar precedentes. *Fundamentos objetivos e o novo Processo Civil Brasileiro*. Organizadores Marco Félix Jobim e Rafael Caselli Pereira. Editora Thoth, Londrina, PR. 2021.

¹¹³ Sobre o tema, em recurso extraordinário n.º 197.917 em que se declarou a inconstitucionalidade de norma da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, por ofensa ao artigo 29, IV, 'a', da Constituição Federal,

2 A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO

A previsão legal para modular os efeitos da decisão tem guarida no art. 27 da Lei 9.868/1999 (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) e no art. 11 da Lei 9.882/1999 (arguição de descumprimento de preceito fundamental).¹¹³ O Código Processo Civil de 2015 também apresenta expressa previsão legal neste sentido, 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.

Sobre o tema, destacamos também a Lei 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito

entendeu pela “Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade”.

Sobre o tema: “A eficácia *ex tunc* da superação dos precedentes tem prioridade de aplicação. No entanto, a atribuição de efeitos *ex nunc* deve ser considerada nos casos em que o entendimento que está sendo alterado tornou-se pacífico por longo período.” ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 454.

Sobre o tema, FNPP - Enunciado 21: Na decisão que supera precedente, é cabível a modulação de efeitos em favor da Fazenda Pública, inclusive em matéria tributária.

Brasileiro.¹¹⁴ Em seu artigo 23 traz a possibilidade de regime de transição e o artigo 24¹¹⁵ a necessidade de resguardar segurança jurídica na hipótese de revisão de orientações judiciais. O assunto guarda então nítida relação com o *prospective overruling*.

¹¹⁴ Sobre o tema, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e alteração produzidas pela Lei 13.655/2018, “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado *levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas*. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

Sobre o tema modulação de efeito realizada pelo STJ: “Tenho para mim que, também no âmbito do 738.689, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da “sombra de juridicidade”, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto. Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por conseqüência, os atos praticados pelos contribuintes sob a “sombra de juridicidade” exige do STJ o manejo do termo a quo dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial.” (grifo nosso) EREsp 738689

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), art. 896-C, §17º, traz condições para alteração de precedentes. Neste sentido também a Lei 11.417/2006 regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a *revisão* e o cancelamento de

(2006/0043241-3 de 22/10/2007), Ministro Hermann Benjamin; Assim também o STJ realizou *prospective overruling* em Habeas Corpus 28.598: “Habeas Corpus. processual penal. Tempestividade do recurso ministerial. Mudança do entendimento jurisprudencial das cortes superiores. Aplicação aos casos futuros.”

Para os autores, há uma “abertura textual para permitir a modulação não apenas pelas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3.º, do NCPC. *Revista de Processo* | vol. 259/2016 | p. 437 - 468 | Set / 2016.

¹¹⁵Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou *orientação nova* sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo *novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição* quando indispensável para que o *novo dever* ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único. (VETADO). Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou *judicial*, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver *completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas*. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as *interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial* ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de *amplo conhecimento público*.

enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal – regimento interno do STF, art. 354-A.

Sobre o tema *prospectivo*, como exemplo no Brasil, temos o julgamento no STF da ADI 2.240. Trata o caso sobre a criação do município de Luís Eduardo Magalhães, onde a Corte, com relatoria do Ministro Eros Grau, não tinha dúvida da inconstitucionalidade da Lei, porém, o efeito iria atingir diversas situações

que se formaram depois da edição. O relator julgou improcedente mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade. Gilmar Mendes pediu vista, em seu voto e declarou que a ação poderia ser julgada procedente, preservando as *situações anteriores*.¹¹⁶

Assim também decisão proferida pelo STJ em dezembro de 2019 que de forma expressa reconheceu o *prospective overruling*.¹¹⁷ O tema era

¹¹⁶Também sobre o assunto, RE 637.485/RJ: “Recurso extraordinário. Repercussão geral. Reeleição. Prefeito. Interpretação do art. 14, § 5º, da Constituição. Mudança da jurisprudência em matéria eleitoral. Segurança jurídica. I. Reeleição. Municípios. Interpretação do art. 14, § 5º, da Constituição. Prefeito. Proibição de terceira eleição em cargo da mesma natureza, ainda que em município diverso (...) as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior”.

“Não há dúvida que ambas as decisões protegem a segurança jurídica. É isto, precisamente, que permite a aproximação das situações. Porém, a técnica do *prospective overruling* tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade. (...) Contudo, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade do município de Luis Eduardo Magalhães, não há como pensar em proteção da confiança fundada nos precedentes. MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 22.

¹¹⁷Recurso Especial nº 1.721.716/PR. Recurso especial. Seguro de vida. Mudança de jurisprudência. Aplicação do entendimento antigo. Teoria da *prospective overruling*. Mudança de entendimento prospectiva. Proteção da confiança. Necessidade de

proteção. Precedentes qualificados. Não incidência na hipótese. (...). 3. *A teoria da superação prospectiva (prospective overruling)*, de origem norte-americana, é invocada nas hipóteses em que há alteração da jurisprudência consolidada dos Tribunais e afirma que, quando essa superação é motivada pela mudança social, seria recomendável que os efeitos sejam para o futuro apenas, isto é, prospectivos, a fim de resguardar expectativas legítimas daqueles que confiaram no direito então reconhecido como obsoleto. 4. *A força vinculante do precedente, em sentido estrito, bem como da jurisprudência, em sentido substancial, decorre de sua capacidade de servir de diretriz para o julgamento posterior em casos análogos e de, assim, criar nos jurisdicionados a legítima expectativa de que serão seguidos pelo próprio órgão julgador e órgãos hierarquicamente inferiores e, como consequência, sugerir para o cidadão um padrão de conduta a ser seguido com estabilidade.* 5. A modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido. 6. Na hipótese, é inegável a ocorrência de traumática alteração de entendimento desta Corte Superior, o que não pode ocasionar prejuízos para a recorrente, cuja demanda já havia sido julgada procedente em 1º grau de jurisdição de acordo com a jurisprudência anterior do STJ. 7. Recurso especial conhecido e provido. Brasília (DF), 10 de

sobre suicídio, pois em 2018 a Corte Superior firmou entendimento de não cobertura do seguro se o suicídio fosse durante os dois primeiros anos de contrato do seguro. Mas no caso, Recurso Especial nº 1.721.716/PR, o STJ reconheceu o *prospective overruling*

Neste sentido, Mitidiero afirma que, havendo alteração, não poderá atingir retroativamente a parte, pois é preciso reconhecer o precedente como elemento de cognoscibilidade e proteger a confiança, tutelando os atos de disposição praticados.¹¹⁸ Destacamos que então os tribunais de recurso desempenharam duas funções diferentes: decidir casos e alterar as

regras que governam e orientam a conduta futura.¹¹⁹

O *prospective overruling* pode evitar sérios inconvenientes, no sentido de modulação dos efeitos, e constitui importantíssimo instrumento técnico a ser prestigiado pelo legislador e pelos tribunais.¹²⁰ É uma circunstância então para “proteger a confiança” e gerar segurança jurídica.¹²¹

Assim, o legislador no disposto no art. 927, §3º “andou mal” ao afirmar ser possível a modulação em alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda

dezembro de 2019(Data do Julgamento) Ministra Nancy Andrighi Relatora.

¹¹⁸MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. Da persuasão à vinculação. Revista dos Tribunais. 2016, p. 139; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*; -- 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 91.

¹¹⁹LEDERMAN, Howard. Judicial overruling: time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, Michigan, Setembro, 2004, p. 23.

¹²⁰TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: *Direito jurisprudencial / Teresa Arruda Alvim Wambier*, coordenação. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 110.

Decisão do STF: STF, ARE 709.212, Tribunal Pleno, j. 13.11.2014, rel. Min. Gilmar Mendes, “Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. *Necessidade de modulação*

dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

“In all events, prospective overruling is a modern reality. The courts have been freed from the strait-jacket of the declaratory theory of law... They are free to make law. They are free to determine the time when their overruling decisions shall begin to operate. Each overruling case must take effect at some point in time.” Em todos os eventos, *prospective overruling* é uma realidade moderna. *Os tribunais foram libertados da camisa-de-força da teoria declaratória do direito*. Eles são livres para fazer leis. Eles são livres para determinar o momento em que suas decisões de overruling começarão a operar. Cada caso de overruling deve ter efeito em algum momento no tempo” (tradução livre, grifo nosso). ROGERS, Candler S. Perspectives on prospective overruling. 36 *University of Missouri at Kansas City Law Review*. 35, 1968, p. 74.

¹²¹“De fato, *proteger a confiança*, gerando segurança jurídica, nada mais é do que permitir ao jurisdicionado certa dose saudável previsibilidade.” ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 26.

de julgamento de casos *repetitivos*.¹²² Certamente, possível extrair do texto legal que eventual entendimento firmado em IAC (incidente de assunção de competência) também poderá ser modulado.

Destacamos, que essa possibilidade da jurisprudência ter efeitos “moduláveis” suaviza o rigor desta regra de divisão de funções.¹²³ Em um país ainda não acostumado com a força dos precedentes, referida técnica poderá incentivar os tribunais a se sentirem confortáveis para realizar alterações de entendimentos.¹²⁴

3 MOMENTO E QUÓRUM

¹²²ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 101.

¹²³WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: *Direito jurisprudencial* / Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 18

¹²⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil - volume único* / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 10. ed.– Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 1413.

“há diversas técnicas disponíveis para escapar do uso dos precedentes”. HARRIS, J. W.. *Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?* *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, p. 140.

Sobre o tema: “Esta Suprema Corte, considerando os precedentes por ela própria firmados, analisados sob a perspectiva das múltiplas funções que lhes são inerentes – tais como a de conferir *previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas*, a de atribuir *estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide*, a de gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e a de preservar,

Sobre o momento a ser questionada a modulação dos efeitos, inicialmente o STF não permitia que a discussão fosse alegada em *embargos de declaração*. A regra era o efeito retroativo e, quando o órgão não se manifestasse, deveria aplicar a regra, ou seja, o efeito *ex tunc*.¹²⁵

Ocorre, porém, que no recurso extraordinário nº 500.171, com voto vencido Marco Aurélio, foram providos por maioria os *embargos de declaração* para modular os efeitos. Atualmente o STF vem admitindo embargos de declaração com esse fim de solicitar modulação de efeitos (ADI 4.461, ADI 2.797 e ADI 3106).¹²⁶ Ademais, não há necessidade de pedido expreso da

assim, em respeito à ética do Direito, a *confiança* dos cidadãos nas ações do Estado -, *tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional* (RE 197.917/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa), *de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados pelo Supremo Tribunal.*” (grifo nosso). STF, AI 733.387 / DF.

¹²⁵PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos* 6.^a ed. / Ravi Peixoto – Londrina, PR: Thoth, 2024.

Sobre o tema, autora afirma que o efeito prospectivo poderia vir em uma ordinária *dicta* (*communicated through the use of ordinary dicta*), SHANNON, Bradley Scott. *The retroactive and prospective application of judicial decisions*. 26 *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 2003, p. 851.

¹²⁶Sobre o tema: “É considerada omissa, para efeitos do cabimento dos embargos de declaração, a decisão que, na superação de precedente, não se manifesta sobre a modulação de efeitos.” Enunciado nº. 76 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal - agosto de 2017.

parte e o tribunal pode manifestar se *ofício* sobre a modulação.¹²⁷

Vale lembrar, no ponto, que o texto do inciso II do art. 1.022 do CPC em vigor considera como “omissão”, capaz de justificar o aviamento de embargos de declaração, a não manifestação do órgão julgador sobre ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar “de ofício”. Há na doutrina, inclusive, sistematização a respeito, tratando tal situação como “omissão indireta”, na medida em que - mesmo sem prévio requerimento – a legislação determina que o julgador se manifeste sobre determinados temas ou que estes possam ser suscitados de ofício.¹²⁸

No particular, mesmo que conclusão decisória seja no sentido de

“não modular”, tal pronunciamento deve ser efetuado de forma motivada, trazendo os fundamentos para a opção adotada, sob pena de violência ao disposto no art. 93, IX, da CF e, por conseguinte, justificando a oposição dos embargos de declaração.

O STJ, já na vigência do Código de Processo Civil de 2015, manifestou que o pedido de modulação deve ser utilizado com parcimônia e de forma excepcional, podendo ser feito de *ofício*, “razão pela qual não configura inovação recursal”.¹²⁹

Destacamos, contudo, que se deve separar o objeto do recurso/ação com a modulação dos efeitos. Há, neste ponto, um *caráter bifásico*. Neste sentido ADI 2.949, onde para Gilmar

“Basta uma petição simples, mesmo fora do prazo dos embargos.” ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 155.

¹²⁷ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 29.

Para Monnerat, há, inclusive, *um dever de modulação em algumas hipóteses descritas no Código*. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formatação e aplicação* / São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 89.

¹²⁸ No tema, trazendo a referida sistematização, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 298-303).

¹²⁹“1 O propósito dos presentes embargos de declaração é determinar se são necessárias a *modulação* dos efeitos da condenação contida no acórdão embargado e a adoção de regime de transição para que a embargante se adeque ao comando contido em seu dispositivo (arts. 927, § 3º, do CPC/15 e 23 da LINDB). 2. *A modulação*

de efeitos de decisão que supera orientação jurisprudencial é matéria apreciável de ofício, razão pela qual não configura inovação recursal.” (...) 5. A modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido. 6. O regime de transição do art. 23 da LINDB está em íntima conexão com o princípio da menor onerosidade da regularização, previsto no art. 21, parágrafo único, de referido diploma legal, segundo o qual não se pode impor aos sujeitos atingidos pela modificação de jurisprudência ônus ou perdas anormais ou excessivos. (grifo nosso) EDcl no Recurso Especial nº 1.630.659 - DF (2016/0263672-7) Relatora : Ministra Nancy Andrighi. 27/11/2018

Em sentido contrário, afirmando que a *regra é a retroatividade* e, portanto, o tema não poderia ser debatido em embargos de declaração – STJ, EDcl no REsp 1.285.463/SP e STJ, EDcl no EREsp 1.134.957/SP.

Mendes, em relação à modulação de efeitos há um “juízo de modelo *bifásico*” dividido em fases autônomas e sequenciais - a contagem de votos é individual para cada questão. No mesmo processo, concordando ser este momento um juízo *bifásico*, Luís Roberto Barroso¹³⁰ afirmou ser juízos distintos e não dois juízos integrados.

Quanto ao *quórum*, a Lei 9.868/1999, art. 27 traz a necessidade de 2/3 dos seus membros para modulação dos efeitos. Para Luís Roberto Barroso (ADI 2.949) há possível inconstitucionalidade da exigência do *quórum* tendo em vista ser uma forma legal de ponderação. Essa exigência *não* consta no art. 927, §4º do Código de Processo Civil de 2015, motivos pela qual não se aplica, mas se entende necessário em qualquer caso o julgamento em modo *bifásico*.

O modelo *bifásico* fica mais evidente, inclusive, no art. 927, §4º do Código de Processo Civil de 2015 ao dispor que deve ser observada a fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Ou seja, há necessidade de devida fundamentação analítica não apenas na necessidade de *overruling*, mas questão de eventual *modulação*.

¹³⁰ADI 2.494, “Eu acho que são juízos diversos. O primeiro juízo é um juízo acerca da constitucionalidade ou não de determinada norma. E o segundo juízo é um juízo quase que político acerca da conveniência ou não de se modular os efeitos.” (...) “Assim, eu penso que são dois juízos distintos, e *não dois juízos integrados*.” (grifo nosso) Luís Roberto Barroso.

Ainda sobre o *momento*, questionamos se poderia a modulação ser objeto de análise em processo posterior à superação do entendimento. A Suprema Corte dos EUA já fez isso em algumas situações.¹³¹ Para Ravi Peixoto, embora não ideal, pois os jurisdicionados terão dificuldade de identificar qual a eficácia temporal dos precedentes, essa técnica não pode ser negada.

Entendemos que se trata de matéria de *ordem pública*, comumente envolvendo temas importantes, devendo ser analisada no primeiro momento oportuno – em embargos de declaração ou até mesmo em processo posterior (mesmo não sendo isso desejável). Em processo posterior para, certamente, criar maior segurança jurídica e nos embargos de declaração por ser matéria possível de discussão nos termos do art. 1.022 parágrafo único, inciso II e art. 489, §1º do Código de Processo Civil de 2015.

Sobre o tema, entendemos *necessário sempre no julgamento haver o momento de definir eventual modulação*. Ou seja, mesmo não sendo a hipótese de modulação, deve a decisão desde logo fundamentar e debater esse tema, evitando, assim, insegurança jurídica posterior¹³². Caso assim não faça, seguindo a linha do

¹³¹NICOL, Andrew G. L. Prospective overruling: a new device for English courts. *The Modern Law Review*. September 1976, p. 544.

¹³²Sobre o tema e necessidade de segurança jurídica e *vinculação* da modulação: “em casos onde a alteração da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ deriva de adequação a julgado posterior proferido pelo Supremo Tribunal Federal - STF (*overruling vertical*) a

antes já dito, haverá “omissão indireta”, pois o órgão julgador deveria se manifestar a respeito, independentemente de qualquer tipo de prévio requerimento a respeito, diante do imperativo que pode ser extraído da legislação em vigor.

Por fim, há também uma significativa diferença entre *prospective overruling* e *signaling*, pois no primeiro caso se tem a real alteração imediata da mudança de entendimento e no *signaling*¹³³ a possível alteração futura.

4 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E EFEITO SUSPENSIVO

modulação de efeitos deve seguir a mesma solução dada também pelo STF, sob pena de permanecer a situação que se quer evitar de duplicidade de soluções judiciais para uma mesma questão, a fomentar insegurança jurídica (os Tribunais inferiores não saberão qual posicionamento seguir para o período), ineficiência da prestação jurisdicional (pois a parte prejudicada irá interpor recurso extraordinário/especial para afastar ou garantir a modulação) e desigualdade no tratamento dos jurisdicionados (pois o processo sofrerá solução diferente de acordo com o tribunal destinatário do recurso final). 3. *Ou seja, se o STF decidiu pela modulação, solução idêntica há que ser adotada pelo STJ. Se o STF decidiu pela impossibilidade de modulação, do mesmo modo a impossibilidade há que ser acatada pelo STJ. Nesse sentido, a própria decisão sobre a modulação (positiva ou negativa) vincula posto que também dotada de repercussão geral, tudo também com o escopo de se evitar a litigância temerária.* Mas se o STF simplesmente não se manifestou a respeito da modulação, resta a possibilidade de o STJ modular os efeitos de seu novo posicionamento, sendo que essa mesma modulação poderá ser objeto de recurso ao STF, a fim de que a jurisprudência das duas Cortes

Como já afirmamos, a regra, na hipótese de alteração de precedente qualificado é o efeito retroativo, podendo haver *modulação* dos efeitos (efeito prospectivo) diante da alteração fundamentada no interesse social e no da segurança jurídica (CPC, art. 927, §3º).¹³⁴

Assim, possível a modulação dos efeitos (de retroativo para prospectivo), bem como o embargos de declaração é peça recursal pertinente para essa finalidade de pedido. A possibilidade do embargos de declaração ser recebido com efeito suspensivo também encontra amparo no art. 1.026 do Código de Processo Civil. O parágrafo primeiro do referido artigo afirma,

Superiores seja ali uniformizada.” (grifo nosso) EDcl no Recurso Especial nº 1.551.640 - SC (2015/0198787-1) Relator : Ministro Mauro Campbell Marques. 23/08/2018.

Sobre o tema, FPPC – Enunciado 608: O acórdão que revisar ou superar a tese indicará os parâmetros temporais relativos à eficácia da decisão revisora.

Sobre o tema: “Decidir sobre a modulação é imprescindível toda vez que se altera uma orientação firme anterior” ALVIM, Teresa Arruda. O momento da modulação - (quase) mais relevante que a própria modulação. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/365629/0-momento-da-modulacao--quase-mais-relevante-que-a-modulacao>. Acesso em 21/12/2022.

¹³³ Ver sobre o tema em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Sinalização ou julgamento-alerta para eventual superação de precedentes. *Conjur.* 2024.

¹³⁴ Não concordamos, como já afirmamos anteriormente, com o “FPPC – Enunciado 55: Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto.”

inclusive, que um dos fundamentos para o deferimento do efeito suspensivo é “se houver risco de dano grave ou de difícil reparação”.

O objetivo é evitar dano de difícil reparação, pois a não suspensão poderá autorizar o início de diversos cumprimentos de sentenças e baixas de processos suspensos nas Cortes Superiores sem, contudo, saber o efeito de possível modulação. Como já afirmado, o ideal é ocorrer o julgamento em momento bifásico no próprio julgamento de superação do precedente, julgado a necessidade de superação e posteriormente, na sequência, julgar a necessidade de modulação. Mas não sendo essa a hipótese, os embargos de declaração recebido com efeito suspensivo poderá evitar insegurança jurídica.

Note-se, de outra banda, que o efeito suspensivo nos embargos de declaração pode ser concedido a partir de um juízo de evidência, pois o § 1º do art. 1.026 do CPC prevê a possibilidade de tal medida se ficar “se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”. Adaptando a regra legal para a hipótese aqui estudada, quando ficar evidenciado que se trata de situação que reclama a modulação, tal quadro deverá ser trazido de forma clara nos embargos de declaração, justificando a concessão de efeito suspensivo, mesmo que sem risco de dano demonstrado claramente.¹³⁵

Assim, o efeito suspensivo estará justificado pela própria necessidade de modulação no caso concreto, situação que será habitual quando se tratar de superação de precedente, tendo em vista que em tais casos na maioria dos casos terá que se desenhar regras de transição.

A peça-chave, portanto, para que os embargos de declaração sejam recebidos com efeito suspensivo volta-se muito mais a análise da necessidade de modulação do que propriamente ao risco de dano, muito embora a segunda situação possa se extrair maciçamente a partir da aferição da primeira.

Conclusão

É desejável a modulação de efeitos por questão de segurança jurídica, mas a regra é o efeito retroativo. Essa é uma conclusão importante, pois assim entendemos que é necessário ter o julgamento de forma *bifásica*, com o primeiro momento para julgar o mérito da possível superação (CPC, art. 927, §2º) e posteriormente, a modulação ou não (CPC, art. 927, §4º) do novo entendimento.

Mesmo não existindo modulação, o julgamento de maneira bifásica é prudente para evitar o silêncio da decisão na possível modulação. A omissão da decisão de superação sobre seus efeitos, causará insegurança sobre o alcance do novo entendimento firmado, o que não é desejável no ordenamento jurídico.

¹³⁵ Sobre a concessão de efeito suspensivo nos embargos de declaração com base no juízo de evidência, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Breves comentários ao novo Código de Processo*

Civil. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno. 3ª. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.540-2.541).

Uma conclusão similar importante é o recebimento dos embargos de declaração com efeito *suspensivo* para apurar eventual modulação de efeitos. Ou seja, não sendo de ofício o julgamento da modulação, a parte interessada poderá opor embargos de declaração com o objetivo de pedir efeito prospectivo (CPC, art. 927, §3º e §4º) do novo entendimento (superação). Esses embargos devem ser recebidos com efeito suspensivo.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. O momento da modulação - (quase) mais relevante que a própria modulação. Migalhas. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/365629/o-momento-da-modulacao--quase-mais-relevante-que-a-modulacao>. Acesso em 21/12/2022.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. Malheiros Editores. São Paulo, SP. 2011.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação*: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante do STJ (art. 927, §3º, do novo CPC). *In: O novo processo civil brasileiro*: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor Jurista e Ministro Luiz Fux : volume II... - 2 ed – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 438 a 443.
- HARRIS, J. W.. Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess? *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes: a necessária compreensão da ratio decidendi, da tese e do dispositivo do precedente. *Revista de Processo* | vol. 325/2022 | p. 379 - 407 | Mar / 2022.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes*: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Editora Thoth, 2020.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Sinalização ou julgamento-alerta para eventual superação de precedentes. *Conjur.* 2024. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 10/07/2024.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Critérios para superação de precedentes: a busca de critérios não subjetivos para superar precedentes. *Fundamentos objetivos e o novo Processo Civil Brasileiro*. Organizadores Marco Félix Jobim e Rafael Caselli Pereira. Editora Thoth, Londrina, PR. 2021.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - volume único / Daniel Amorim

- Assumpção Neves. – 10. ed.– Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.
- LEDERMAN, Howard. Judicial overruling: time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, Michigan, Setembro, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo. *Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Londrina: Editora Thoth, 2021.
- MAZZEI, Rodrigo. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno. 3ª. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.540-2.541.
- MALAN, Pedro. *O passado é incerto*, disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/o-passado-incerto-565154.html> . Acesso em 03/07/2024.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. Da persuasão à vinculação. *Revista dos Tribunais*. 2016, p. 139; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*; -- 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formatação e aplicação* / São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NICOL, Andrew G. L. Prospective overruling: a new device for English courts. *The Modern Law Review*. September 1976.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos* 6.ª ed. / Ravi Peixoto – Londrina, PR: Thoth, 2024.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ROGERS, Candler S. Perspectives on prospective overruling. 36 *University of Missouri at Kansas City Law Review*. 35, 1968.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3.º, do NCP. *Revista de Processo* | vol. 259/2016 | p. 437 - 468 | Set / 2016.
- SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decisions. 26 *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 2003.
- T. C. M., Jr. The effect of overruling prior judgments on constitutional issues. *Virginia Law Review*, vol. 43, nº 8, 1957.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: *Direito jurisprudencial* / Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.
Precedentes e evolução do direito.
In: Direito jurisprudencial / Teresa

Arruda Alvim Wambier,
coordenação. – São Paulo: Editora
Revista dos Tribunais, 2012.