

A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS BASES EXTRAJURÍDICAS

THE MODULATION OF EFFECTS IN FAVOR OF THE PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS EXTRALEGAL FOUNDATIONS

Artigo submetido em 12 de fevereiro de 2026

Artigo aprovado em 18 de fevereiro de 2026

Artigo publicado em 18 de fevereiro de 2026

Cognitio Juris

Volume 16 - Número 59 - 2026

ISSN 2236-3009

Autor(es):

Raphael Franco Del'Duca[1]

RESUMO: trata-se de trabalho que busca analisar, a partir de revisão de literatura, a possibilidade de aplicação do mecanismo da modulação de efeitos favoráveis ao Estado, bem como o fundamento de sua utilização. Argumenta-se que, em regra, aquilo que se considera como base extrajurídica pode ser localizado dentro do próprio sistema jurídico e, ainda, ser possível o manejo desses argumentos, mesmo os rotulando como externos ao direito, a partir de ideias traçadas por Duncan Kennedy.

PALAVRAS-CHAVE: precedentes; superação; modulação; efeitos; decisão judicial; Estado; Fazenda Pública.

ABSTRACT: This paper seeks to analyze, through a review of the relevant literature, the possibility of applying the mechanism of modulation of effects in a manner favorable to the State, as well as the legal foundations underlying its use. It is argued that what is commonly regarded as an extralegal basis may be identified within the legal system itself. Moreover, it is possible to employ such arguments – even when labeled as external to law – through the theoretical insights developed by Duncan Kennedy.

KEYWORDS: precedents; overruling; modulation; legal effects; Public Administration

1. INTRODUÇÃO

O mecanismo da modulação de efeitos no direito brasileiro tem sua gênese – ao menos no que diz respeito ao direito legislado – com a Lei Federal nº 9.868/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e de sua congênere, a ação declaratória de constitucionalidade.

O primeiro artigo da lei[2] delimita o âmbito de aplicação da ferramenta: a modulação de efeitos teria lugar quando do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, como bem aponta Teresa Arruda Alvim, “mesmo antes da Lei 9.868/1999, já havia decisões do STF, em controle difuso de constitucionalidade, em que, apesar da ausência de lei expressa permitindo, se modulavam os efeitos”[3].

A autora explica que com a superveniência da Lei Federal nº 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal, em celebração aos postulados da segurança jurídica e confiança legítima, manteve a aplicação do mecanismo da modulação de efeitos tanto na esfera do controle concentrado quanto no difuso.

O Código de Processo Civil em 2015, dentro de sua lógica própria de buscar conferir ao sistema judiciário maior coesão e estabilidade através dos institutos que passaram a compor os chamados “precedentes vinculantes”, trouxe em seu artigo 927, §3º extensão do espaço de aplicação da modulação. Agora, a lei positivada prevê que a modulação dos efeitos pode se dar na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais superiores e, ainda, naquela derivada do julgamento de casos repetitivos.

A modulação de efeitos na alteração do entendimento do Poder Judiciário acerca de determinado tema não é irrestrita: o próprio Código de Processo Civil estabelece como requisitos de sua utilização a preservação do interesse social e da segurança jurídica.

Tal previsão se encontra alinhada com outra alteração legislativa ocorrida cerca de 2 (dois) anos após a vigência do Código de Processo Civil. A Lei Federal nº 13.655/2018 inseriu na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro disposições que também buscam, nas esferas administrativa, controladora e judicial a manutenção dos “interesses gerais” e, sobretudo, da previsibilidade do direito.

Perceba que o ordenamento jurídico em nenhum momento limita ou traz condicionantes na utilização da modulação ou na previsão de regime de transição em situações nas quais sua aplicação pode ser vista como favorável à Administração Pública.

Propõe-se, portanto, que o Estado, ainda que criador de normas jurídicas, também é destinatário delas, sendo possível se vislumbrar situações nas quais eventual alteração da jurisprudência dominante sem a prescrição de um regime de transição não só violaria a confiança legítima deste, mas o próprio “interesse geral” que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro busca resguardar.

Ainda, se postula, com o devido respeito ao entendimento contrário, que a adoção de critérios extrajurídicos na aplicação do instituto da modulação em hipóteses de alteração de

entendimento anterior não representa expediente necessariamente contrário ao direito, pois a) esses critérios também encontram previsão no sistema jurídico e b) ainda que assim não fosse, não é possível se conceber o direito como sistema fechado, imune à interferência da esfera política e social.

• MODULAÇÃO E OS DEVERES DE UNIFORMIZAÇÃO E ESTABILIDADE

Preliminarmente, sem a pretensão de se imiscuir na discussão doutrinária acerca da definição do conceito de precedente e sua relação com a tradição do *Civil Law* brasileiro, se mostra necessária análise da previsão legal do artigo 927 do Código de Processo Civil, que elenca em seus cinco incisos decisões e enunciados sumulares que – ao menos em tese –, vinculam os julgadores.

A redação do §5º do artigo, que dispõe sobre a obrigação de garantia de publicidade dos precedentes dos tribunais, é útil para a compreensão daquilo que é compreendido como “precedente vinculante” no cotidiano forense.

Isso porque a Lei Complementar nº 95/98[4] prevê como técnica para obtenção de ordem lógica nos diplomas legais a utilização de parágrafos para tratar de ideias complementares à norma trazida no *caput* e de incisos para discriminações e enumerações, sendo possível se concluir que, ao menos no que diz respeito ao Código de Processo Civil, o legislador compreendeu como precedente a enumeração trazida nos incisos I a V do artigo 927, que não encontra correspondência com o conteúdo do instituto formulado na evolução histórica do direito anglo-saxão.

A diferenciação do sentido adotado pelo Código de Processo Civil e aquele desenvolvido na tradição anglo-saxônica pode ser percebida a partir da síntese proposta por Ulisses Schwarz Viana, que expõe com clareza o conteúdo tradicional do termo, a partir do *stare decisis* e da função criativa do julgador. Para o autor, o *precedent* implica a criação – ou “revelação”, reconhecimento – do direito pelas cortes, bem como a existência de um caso anterior que

provê as bases para casos posteriores, “desde que envolvam base fática e questões jurídicas similares”[5].

Cláudia Aparecida Cimardi[6], diferenciando precedente e jurisprudência, reconhece que “o precedente é uma decisão que tem força vinculante, simplesmente porque resulta de tradição que se repete desde o início do direito anglo-saxônico”, sendo essa força “somente constatada pelo juiz do caso ulterior”. Para além, a autora aponta que a existência do precedente também prescinde de qualquer valoração quantitativa, diferentemente do que se conceitua como jurisprudência a partir de Michele Taruffo, que pressupõe certo volume de decisões acerca de determinado tema jurídico.

Retomando Ulisses Schwarz Viana, parte da doutrina entende que o Código de Processo Civil inaugurou um verdadeiro sistema de precedentes “à brasileira”, rejeitando a ideia de adoção linear de instituto típico da tradição anglo-saxã, propondo que a vinculação decorre do próprio direito processual legislado (vinculação *ex lege*), se afastando da estrutura centrada no *stare decisis* e, a partir de uma visão contida e pautada na tradição continental europeia, identificar as seguintes características:

O sistema de precedentes à brasileira, por sua vez, repousa e deposita sua confiança em outro mecanismo, para promover, também, a consistência e coerência das decisões dentro da estrutura judiciária. Acabou por fazê-lo pelo mecanismo autoritativo fundado na vinculação *ex lege*, o que bem serve para demonstrar o caráter originariamente verticalizado e centralizado de criação de precedentes no Brasil. Isso se assevera, porque o precedente em nosso direito decorre de procedimentos formais estabelecidos no processo civil e em outras normas processuais esparsas (v.g. Lei nº 9.868/1999 [LADI] e Lei nº 9.882/1999 [LADPF]). O precedente à brasileira surge em procedimentos específicos previstos na legislação processual, como, por exemplo: (i) nas sentenças em sede de controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade (ADI, ADPF etc.); (ii) na repercussão geral e no regime de repetitivos no recurso especial e extraordinário; (iii) no incidente de resolução de

demandas repetitivas e (iv) na assunção de competência.

Independentemente do sentido, seja o adotado pelo Código de Processo Civil, que pode revelar uma ausência de rigor técnico ao se tratar de precedentes ou a adoção de uma sistemática pátria própria, seja considerando a evolução histórica do instituto a partir do *case law*, cujo conteúdo pode ser compreendido a partir de explicação de Sebastian Lewis, para quem, em análise inserida na tradição do *Common Law*, “*precedents are authoritative sources of law, in the sense that if the facts in a later case are legally the same as those of a precedent, the later court is often required to deliver the same decision*”^[7], concepção que coloca no centro da compreensão a análise da *ratio decidendi* para aplicação daquilo que foi decidido anteriormente em casos futuros, fato é que houve, por parte do legislador, preocupação em prever um sistema de vinculação dos julgadores, em tentativa de garantir uniformidade e previsibilidade ao direito interpretado pelos juízes.

Conforme compreensão de Daniel Amorim Assumpção Neves^[8], em leitura de lições de José Miguel Garcia Medina:

Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência.

A busca pela uniformidade da solução jurídica dada pelo julgador a situações fáticas semelhantes, como decorrência própria dos postulados da isonomia e segurança jurídica, passa necessariamente pela manutenção de estabilidade, integridade e coerência do conjunto de decisões que compõem a jurisprudência, dever institucional fixado pelo

legislador no artigo 926 do Código de Processo Civil.

Sem se descuidar da importância sistêmica dos deveres de integridade e coerência, ciente das limitações propostas pelo presente estudo, passamos à análise da busca pela uniformidade e a manutenção da estabilidade.

A uniformidade pode ser compreendida a partir de expressão utilizada pelo Ministro Teori Albino Zavascki em voto condutor no Recurso Especial nº 1.026.234/DF, tratada por Piero Calamandrei em sua obra *La cassazione civile*. Ao tratar do papel desempenhado pelo Superior Tribunal de Justiça dentro do desenho constitucional proposto pela CRFB, Teori Zavascki dá especial atenção à função “nomofilática”, consistente em “aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme”[9], em total comprometimento com o postulado da isonomia e segurança jurídica. A preocupação com a uniformidade das decisões, portanto, precede a promulgação e vigência do Código de Processo Civil.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a redação do artigo 926, ao prever o dever de uniformidade, peca ao não considerar a divisão de trabalho entre o que denominam Cortes de Justiça e Cortes Supremas. Para os autores, caberia às Cortes Supremas – no caso, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça –, enquanto órgãos de vértice, dar unidade ao direito, guiando a interpretação dos demais atores do sistema judiciário, em decorrência da competência de “dar unidade a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país”[10].

Lado outro, caberia às Cortes de Justiça – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – propriamente a tarefa da uniformização, controlando a aplicação isonômica do direito nos casos concretos a elas dirigidos.

Em sentido oposto, Daniel Amorim Assumpção Neves compreende que o dever de uniformização é dirigido indistintamente a qualquer órgão colegiado, de superposição ou não.

Apesar de aceitar a ideia de não ser possível se exigir das Cortes de Justiça a existência de jurisprudência dominante para todo e qualquer tema, diante da inafastável atribuição de abertura do sistema judiciário que esses órgãos e juízes monocráticos desempenham, através de eventuais dissonâncias na interpretação e aplicação do direito, entende que, nesses casos “[...] pode-se buscar a uniformização por outras formas processuais que não a edição de súmula, como o IRDR e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos.”[11]

Todavia, percebendo que no âmbito do tribunal se formou orientação dominante, é dever institucional e moral de seus integrantes consolidá-lo e segui-lo. Surge daí o que restou convencionalizado como *stare decisis* horizontal, que extrapolando os estreitos limites da vinculação hierárquica-vertical, impõe para a existência de um sistema funcional o respeito do órgão colegiado aos seus próprios precedentes, visando a manutenção da uniformidade a partir do acatamento do postulado da colegialidade.

Se observa aqui uma inarredável interseção entre a uniformidade e a estabilidade, compreendida como regra que impede a alteração de entendimento consolidado do tribunal sem justificativa adequada.

A interpretação do que é a estabilidade dada por Daniel Amorim Assumpção Neves parece trilhar o mesmo caminho de Fredie Didier Jr[12]. Para este autor, o dever de estabilidade pode ser traduzido em um princípio de “inércia argumentativa”, exigindo para o afastamento de uma interpretação consolidada

[...] a necessidade de uma forte carga argumentativa para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se [...] também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing* [...]

As considerações dos autores são compartilhadas por relevante parcela da

comunidade jurídica. Não por outro motivo, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aprovou, antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil, seu enunciado nº 316, entendendo que “a estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.”

A interpretação da norma vazada pelo artigo 926 do Código de Processo Civil é irretocável. A autorreferência na aplicação do direito não só empresta ares de unidade ao órgão judicial, cuja compreensão do conteúdo de determinada norma não varia ao sabor de seus integrantes, mas também reflete garantia do princípio da isonomia, considerado em sua faceta da segurança jurídica.

Ainda que se vise precipuamente a manutenção do *status quo*, “cuja modificação pressupõe razões extras até então não cogitadas ou enfrentadas”[13], não é factível se conceber o dever de estabilidade como ferramenta de engessamento do ordenamento jurídico, independentemente de se assumir uma leitura puramente positivista ou crítica do instituto.

Ao tratar do tema, Teresa Arruda Alvim, em tradução do pensamento de Maurice Hauriou, bem conceitua que “aquilo que os homens chamam de *estabilidade* não é o imobilismo, é o movimento lento e uniforme do conjunto que deixa subsistir uma certa forma geral das coisas às quais eles estão habituados”[14].

Ciente da relação travada entre direito e sociedade, bem como da pretensão daquele de regular aspectos dessa, prossegue a doutrinadora, dispondo que “como o direito serve à sociedade e esta se *modifica*, é também necessário que, em alguma medida, o direito exerça a delicada função de adaptar-se”[15]. A alteração de normas jurídicas, seja através de alterações legislativas, seja através da interpretação dada por seus operadores, deve buscar identidade com eventual alteração no sentimento social.

Na interação entre o caráter de previsibilidade do direito e sua constante necessidade de adaptação às mudanças operadas no estrato social, a partir da aceitação da ideia de não ser

o direito algo pronto e acabado, desponta a necessidade de se garantir um mínimo de previsibilidade, sem tornar o ordenamento jurídico estanque.

Especificamente no que tange aos “precedentes vinculantes”, se revela tentativa legal de harmonia entre a estabilidade e a adaptabilidade do direito, a previsão da ferramenta da modulação, cuja aplicação visa prestigiar a confiança e segurança jurídica e tem espaço, sobretudo, em ambientes decisoriais caracterizados por Teresa Arruda Alvim como “rígidos”, representados por normas materiais cuja natureza exige maior estabilidade e menor adaptabilidade. Como exemplo, cita a autora as regras e princípios que regulam a relação jurídico-tributária travada entre particular e Estado[16].

Com a devida vênia, entendemos que o conceito de ambiente decisoriais rígido pode ser estendido a todo complexo normativo que constitui o ramo jurídico do Direito Público.

Essa conclusão repousa nos dois lados do princípio norteador do Estado de Direito: a legalidade, compreendida como submissão à lei, tratada pelo artigo 5º, II da Constituição da República Federativa do Brasil e direcionada indiscriminadamente a todos; e a legalidade quando direcionada à Administração Pública, tratada pelo artigo 37, cuja mais atual interpretação reside no tratamento como princípio da juridicidade que, sem desnaturar os conceitos de vinculação positiva e negativa que permanecem em ramos específicos, como o do direito tributário, propõe releitura do clássico princípio como atuação conforme ao ordenamento jurídico.

Ainda nos valendo das lições de Teresa Arruda Alvim, nos ambientes decisoriais rígidos, a alteração do direito deve ocorrer preferencialmente através do trabalho do Poder Legislativo, exatamente pelo fato de constituírem questões nas quais a evolução do direito cede espaço à sua estabilidade.

Apesar de nos filarmos à compreensão da autora, é fato que, mesmo nos ambientes decisoriais rígidos, vem se experimentando constantes alterações no sentido dado às

normas legais pelos julgadores, razão pela qual a ferramenta da modulação encontra amplo espaço para aplicação.

A legislação processual não se mostra indiferente à necessidade de garantia da segurança jurídica e da confiança do jurisdicionado. Como tratado no capítulo introdutório, o Código de Processo Civil, alargando espaço antes reservado para a esfera do controle concentrado de constitucionalidade, passou a prever expressamente nos parágrafos 3º e 4º não apenas condicionantes para modificação de entendimento pacificado, mas também ferramenta que busca minorar eventuais efeitos negativos advindos da alteração.

Para o Código de Processo Civil, para se operar qualquer modificação de entendimento firme em um tribunal, se exige dos julgadores fundamentação específica, que desborda daquela preconizada pelos artigos 10 e 489, §1º. A obrigação de se trazer fundamentação mais específica e robusta ao se afastar ou superar um precedente – aqui, entendido no modelo “à brasileira” – nos parece estar de acordo com o modelo proposto por Larry A. Alexander e Emily L. Sherwin[17]:

The best solution, in our view, is to adopt a presumption in favor of precedent rules: courts may overrule, but only when the rule is obviously and seriously unjustified. The standard of obvious and serious lack of justification, for this purpose, is a standard of overall rule assessment, not a standard of rule application. Courts must apply rules to the cases before them, even in they are convinced that the result is an error. Only if a court is almost certain that the rule, if consistently followed, will produce far more error than it prevents, may the court refuse to follow the rule.

Ainda que inserida em contexto histórico-geográfico distinto da tradição brasileira, as considerações acima podem representar base para definição de situações nas quais se admite alteração de orientação firme.

Ao se admitir uma presunção em favor do precedente firmado, os autores sinalizam que a

superação não deve ocorrer simplesmente a partir da vontade do julgador. Essa situação pode ser observada quando, ocorrida alteração na composição de órgão colegiado, se dá nova interpretação a determinada norma, ainda que inexistente qualquer erro ou produção de graves injustiças na compreensão anterior. Assim como na uniformidade, a superação de entendimento deve ser pautada pela colegialidade.

Importante pontuar que o projeto de lei que deu gênese ao Código de Processo Civil previa em seu artigo 521, §7º, como fundamentos autorizadores da modificação de entendimento, a “revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria”.

No mesmo sentido de Daniel Amorim Assumpção Neves[18], entendemos que apesar de não ter constado no diploma legal aprovado, a norma contida no projeto pode servir de base para aferição da necessidade de alteração de determinado entendimento consolidado, garantindo a adaptabilidade e evolução do direito e a prevenção de alterações personalizadas.

Definidas as bases que autorizam a modificação, resta análise sobre a ferramenta da modulação. Daniel Mitiero[19] entende que a previsão legal contida no artigo 927, §3º do Código de Processo Civil consagra como regra no direito brasileiro a superação retroativa, outorgando efeitos *ex tunc* à nova decisão, que incidirá inclusive aos casos pendentes. Prossegue, expondo que a superação para frente, consagrada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América quando do julgamento do caso *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* em 1932, consiste na atribuição de efeitos prospectivos à superação, resguardando a confiança legítima do jurisdicionado.

Para Mitidiero, ao se falar em modulação de efeitos no Brasil, na verdade está se referindo à superação para frente, sendo que a finalidade da ferramenta criada no direito brasileiro não diverge da estadunidense: a proteção da confiança legítima e garantia da segurança jurídica.

A excepcionalidade da medida pode ser deduzida da redação do dispositivo legal. Ao prever

que, operada a modificação, poderá o tribunal correspondente proceder à modulação de efeitos, desde que para preservar o interesse social e a segurança jurídica, o legislador, a um só tempo, estipulou como regra a superação retroativa e trouxe requisitos que, ainda que parcialmente dotados de conteúdo indeterminado, autorizam o efeito prospectivo no caso concreto.

Feitas as devidas digressões sobre os deveres de uniformização e estabilidade da jurisprudência e dos requisitos para utilização da modulação de efeitos na hipótese de alteração daquela, passamos a tratar da incidência de critérios e sentidos extrajurídicos no processo de formação da decisão judicial (e por consequência na utilização da modulação de efeitos e preenchimento do conteúdo daquilo que o legislador concebeu como “interesse social”), a partir de breve leitura do trabalho de Duncan Kennedy.

• **TRABALHO JURÍDICO ESTRATÉGICO E AS BASES EXTRAJURÍDICAS**

Duncan Kennedy é *Carter Professor of General Jurisprudence* na Universidade de Harvard e teórico dos *Critical Legal Studies - CLS*, movimento cuja origem pode ser encontrada nas décadas de 1960 e 1970, marcada pela “efervescência social então vigente nos Estados Unidos, fruto dos protestos contra a Guerra do Vietnã e da Luta pelos Direitos Civis”[20].

O CLS não constitui uma teoria ou escola do direito, e sim um movimento marcado pela heterogeneidade das concepções e ideias de seus integrantes, tendo como ponto comum a crítica de esquerda à doutrina jurídica liberal, realizada “ao imputar viés político e ideológico aos juízes, quando da aplicação das leis aos conflitos que lhes são submetidos”[21].

Para a finalidade pretendida no presente artigo, buscaremos limitar a exposição àquilo que o autor denomina como trabalho jurídico, sem pretender prosseguir com qualquer debate acerca da neutralidade do direito.

No ensaio *Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation*, republicado em 1996 pela

Utah Law Review, Kennedy, a partir da definição de três perfis de julgadores e do universo político dos Estados Unidos da América, delimita o que é o trabalho jurídico realizado através de escolhas estratégicas.

Ao tratar do papel da ideologia e seu estado de negação na formulação de decisões judiciais, o autor propõe uma espécie de pacto geral em favor do conceito de Estado de Direito, firmado entre atores políticos, por meio do qual se adota e generaliza a concepção de neutralidade ideológica na interpretação e criação do direito, derivada da linguagem típica do Direito. A negação, para Kennedy[22]

[...] start with the psychology of denial in an individual judge and then suggest mechanisms by which the psychology of the actor in the story gets adopted by the audience for the action. Judges keep the secret, even from themselves, in part because participants in legal culture and in the general political culture want them to. Everyone wants it to be true that it is not only possible but common for judges to judge nonideologically. But everyone is aware of the critique, and everyone knows that the naïve theory of the rule of law is a fairy tale, and those who know fear that the sophisticated versions of contemporary jurisprudence aren't much better.

[...]

judges always “deny”, in the common sense of the term, that they are acting out of ideological motives. That is, they explicitly claim the outcome – their disposition of a case by choosing one particular resolution of a question of law or of rule definition, rather than another – was reached by following impersonal interpretative procedures that exclude the influence of their personal ideologies. This is obviously a matter of convention and tells us little about what is “really” going on.

Ainda que o papel da ideologia na formulação e aplicação do direito não represente aspecto de maior relevância para o presente trabalho, sua compreensão é necessária quando

defendemos a inafastabilidade da utilização de critérios extrajurídicos para a busca de sentido de determinadas normas.

Ao tecer críticas às concepções de Hart e Kelsen acerca da “determinabilidade” do conteúdo de uma norma, Kennedy[23] refina o conceito de trabalho jurídico estratégico:

Legal work, as I am using the term, whether aimed at cores or frames or at penumbras or conflicts or gaps, is undertaken “strategically”. The worker aims to transform an initial apprehension of what the system of norms requires, given the facts, so that a new apprehension of the system, as it applies to the case, will correspond to the extra-juristic preferences of the interpretive worker.

O intérprete enquadra de antemão a situação como um “caso fácil” ou “caso difícil” a partir de um trabalho jurídico, permeado por questões extrajurídicas preexistentes em sua psique. Esse trabalho estratégico pode se dar através da busca de argumentos jurídicos que sustentem determinado resultado pretendido, ou ainda pelo transporte daquilo que se insere na “zona de penumbra” para o “núcleo de certeza” ou vice-versa.

Sendo corrente a ideia que prescreve que é obrigação do julgador interpretar e encontrar o melhor conteúdo da norma, o trabalho se dá através da tentativa de transportar suas concepções de justiça e bem comum para o campo da interpretação judicial, dando roupagem jurídica àquilo que no mais das vezes se encontra em outro sistema.

Perceba que Kennedy não pretende julgar o expediente adotado como indevido. A pretensão do professor é apenas esclarecer a inexistência de um aspecto neutral do direito, sendo a utilização da interpretação em bases extrajurídicas mera questão de necessidade, inevitável para o preenchimento do sentido de uma norma.

Destacamos que a leitura proposta se limita às noções de trabalho jurídico estratégico e bases extrajurídicas. Não se pretende, por óbvio, análise mais detida do pensamento de

Duncan Kennedy.

• AS BASES EXTRAJURÍDICAS E A MODULAÇÃO EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A doutrinadora Teresa Arruda Alvim, como expressamente trata em sua obra *Modulação*^[24], compreendia como impossível a modulação de efeitos que de alguma forma representasse algum favorecimento do Estado, sustentando que

[...] a modulação não poderia ser feita a favor do Estado. Isso porque, se é o Estado que prejudica o particular, mudando repentinamente a sua posição, de forma drástica, já terá “agido mal”. A mera mudança, quando feita de forma drástica e repentina, já é algo a ser repellido pelo sistema, pois consiste num *venire contra factum proprium*. Então, não teria sentido fazer com que este ainda “tirasse proveito” da mudança de orientação do Tribunal.

O anterior entendimento de Arruda Alvim vem firmado sobre uma visão unia de Estado, compreendendo em sua estrutura, entre outros órgãos, o Poder Judiciário e o Poder Executivo, bem como sobre a posição de Humberto Ávila acerca da inaplicabilidade da dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica em favor do Estado.

Em edições posteriores da obra, a doutrinadora entendeu por bem rever a anterior posição, sobretudo a partir das reflexões propostas por Smith Robert Barreni em sua tese de doutorado, não publicada à época dos estudos trazidos por Arruda Alvim.

Em linhas gerais, a mudança de posicionamento parece derivar de uma releitura da posição do Estado – e, para todos os efeitos, dos diferentes entes e Poderes que o integram – no ordenamento jurídico, passando a compreender que “o Estado, tanto quanto o particular, é destinatário das normas jurídicas”^[25] e, portanto, também seria titular de alguma espécie de confiança legítima no sistema jurídico.

A leitura feita na obra nos parece acertada e consentânea com a realidade da relação

travada entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Cumpre, todavia, ressaltar, por fidelidade acadêmica, que Arruda Alvim passou a admitir a modulação de efeitos operada em favor do Estado com certas ressalvas. A crítica e limitação principal tratada pela autora reside naquilo que restou denominado como o consequencialismo. Nas palavras da autora[26]:

A questão crítica, na verdade reside no uso do consequencialismo como *justificativa única* para invocar (de modo falacioso) o princípio da segurança jurídica como base para a modulação de decisões judiciais em benefício do Estado.

Importante consignar que a obra traz detida análise de julgamentos ocorridos no âmbito do Supremo Tribunal Federal relativos a temas afetos ao direito tributário, ramo que integra o que se define como parte de um ambiente decisional rígido, cuja proposta de extensão aos demais ramos do Direito Público consta em capítulo anterior do presente trabalho. Ainda, o conceito de consequencialismo aparenta se aproximar daquilo que Duncan Kennedy concebe como bases extrajurídicas utilizadas na formação de uma decisão judicial.

Nossa singela e respeitosa discordância em relação às conclusões de Arruda Alvim partirá da aproximação do consequencialismo com as bases extrajurídicas e passará pela análise das duas premissas trazidas no capítulo introdutório.

A primeira é no sentido de ser possível encontrar dentro do próprio sistema jurídico critérios que são tratados como externos ao direito, ou consequencialistas. A segunda, caso não se aceite a primeira, é no sentido de não ser possível se conceber o direito como um sistema fechado, considerando que todo trabalho jurídico, inclusive aquele realizado por julgadores, vem permeado por questões extrajurídicas, inafastáveis na busca do “melhor conteúdo da norma”.

A premissa inicial apresenta caráter marcadamente dogmático e partirá de recorte proposto a partir da análise de Arruda Alvim do que restou decidido no Recurso Extraordinário

851.108/SP, *leading case* do Tema 825 do Supremo Tribunal Federal, com foco apenas nos aspectos processuais relativos à modulação de efeitos da decisão.

A crítica da doutrinadora não reside na atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão, mas no fundamento adotado pelo tribunal, qual seja, o impacto orçamentário que a não utilização da ferramenta causaria, considerando insustentável sua utilização. Ousamos discordar.

A Lei Federal nº 13.655/2018 acresceu à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB os artigos 20 a 30. A ementa da lei publicada em 25 de abril de 2018 prevê que suas disposições se referem à “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

No bojo da inovação legislativa, se percebe a utilização de termos como “consequências práticas”, “obstáculos e dificuldades reais”, “exigências das políticas públicas” e “circunstâncias práticas”. Considerando a pretensão de promover estudo estritamente dogmático nessa primeira premissa, tomamos por empréstimo proposição feita por Carlos Augusto de Carvalho em 1899, quando da edição de sua *Nova Consolidação das Leis Civis*^[27]:

Art. 62 – A ementa da lei facilita sua intelligencia.

§1º. No texto da lei se entende não haver phrase ou palavra inutil, superflua ou sem effeito.

Conforme lições de Rubens Limongi França^[28], as regras propostas por Carlos de Carvalho, apesar de não mais integrarem o direito positivado desde a superveniência do Código Civil de 1916, permanecem relevantes para a hermenêutica jurídica.

Por não existir frase ou palavra inútil ou desprovida de sentido em um texto de lei, é inarredável a conclusão no sentido de que a Lei Federal nº 13.655/2018 trouxe, através do instrumento típico de positivação do direito na tradição do *Civil Law*, todos os conceitos acima alinhados para o sistema jurídico.

Por certo, considerando a ordem jurídica inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a análise das “consequências práticas” e “exigências das políticas públicas”, sobretudo no que se refere ao papel desempenhado pelo Estado, passa necessariamente por uma leitura a partir do texto constitucional, proposta através de método normativo-estruturante no caso.

Exatamente no ponto que reside a discordância. Para nós, a utilização de critérios rotulados como consequencialistas, para além da previsão legal expressa, que os insere no sistema jurídico, não visa apenas o resguardo daquilo que se define como interesse público secundário. A noção de interesse público trazida pelo texto constitucional invariavelmente coincide com a concretização de políticas públicas específicas.

Ao atribuir a competência de planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas à União (artigo 21, XVIII) ou a de organizar o sistema de ensino fundamental e médio aos Estados (artigo 211, §3º), a Constituição estabeleceu verdadeiros deveres aos entes políticos, cuja concretização passa necessariamente pela existência de recursos financeiros suficientes para fazer frente aos gastos.

Perceba que, em última análise, ao aferir o impacto orçamentário de determinada decisão como razão para modulação dos efeitos negativos desta, o Poder Judiciário nem desborda dos estritos limites do direito posto e muito menos o faz com vistas a garantir a saúde fiscal do erário pura e simplesmente.

A defesa do erário não é fim em si mesmo. Ao considerar as “consequências práticas” e as “exigências das políticas públicas” e atribuir, por exemplo, efeitos *ex nunc* a determinada decisão, o julgador persegue apenas o equilíbrio entre os interesses privados e o interesse social, dando concretude ao comando contido no artigo 927, §3º do Código de Processo Civil.

Passamos então à análise da segunda premissa, subsidiária à primeira, mas de maior relevância para o presente trabalho.

Caso se entenda que, apesar da adição dos artigos 20 a 30 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, não houve a interiorização dos efeitos práticos pela ordem jurídica, argumenta-se que a utilização de bases extrajurídicas na formulação da decisão judicial não é proscrita pelo direito, se consubstanciando em expediente que se adere ao trabalho interpretativo.

Ao propor as cinco novas características do ordenamento jurídico pós-positivista, Diogo de Figueiredo Moreira Neto[29], com base em Peter Häberle, argumenta que

Na Pós-Modernidade, sob o renovador influxo axiológico aportado por uma combinação das renovadoras teorias dos *direitos humanos* e da *democracia substantiva*, que, na visão de Peter Häberle, passaram a conformar um “sistema de liberdades”, portanto, aberto – e não mais fechado, ostentando aqueles tradicionais atributos fundamentais sintetizados na trindade: *unidade, plenitude e coerência do sistema* –, para adequar-se a novos paradigmas, em trindade antônima, respectivamente: *pluralidade, integração jurisdicional e reconstrução argumentativa*.

Moreira Neto propõe, a partir dessa abertura do sistema, uma releitura do que tratou como “trindade”, redirecionando os conceitos de plenitude e suficiência do ordenamento jurídico para a abertura e integração.

No que se refere à proposta de abertura do ordenamento jurídico, Moreira Neto[30] sustenta que

[...] as lacunas e as contradições continuam, do mesmo modo, inadmitidas, mas com a diferença de que passam a ser superadas, não mais apenas pelo emprego de uma hermenêutica introspectiva e rebarbativa, buscando soluções exclusivamente no conjunto da ordem jurídica estatal, mas, extensivamente, também com apelo ampliado a uma hermenêutica aberta, já que o próprio ordenamento jurídico, ao se tornar pluralista, abriu-se expressamente a novas fontes do direito.

A integração do ordenamento jurídico, derivada de sua abertura, consubstancia a superação da “romântica, mas elitista suficiência da *mens legis*” e, “por outro lado, o autocrático repúdio da *mens legis*, enquanto resultado de uma interpretação hermética a cargo de julgadores investidos pelo Estado”.

As proposições de Moreira Neto, firmadas sobre os ideais de Peter Häberle acerca da hermenêutica constitucional, não divergem do quanto proposto por Duncan Kennedy quando da formulação dos conceitos de trabalho jurídico estratégico realizados sobre bases extrajurídicas, apesar da inserção dos juristas em diferentes tradições e movimentos.

Enquanto Duncan Kennedy prevê os critérios extrajurídicos como uma necessidade na interpretação do direito e formulação da decisão judicial, sustentando que a negação representaria exatamente a reafirmação de uma ideia externa ao direito, Moreira Neto defende a releitura da citada “trindade” a partir dos conceitos de abertura da interpretação de Häberle. As diferenças no pensamento dos juristas são variadas, mas um ponto em comum se vislumbra: é impossível se cogitar de um trabalho interpretativo realizado apenas a partir dos cânones do direito.

Seja através de Kennedy, seja por meio de Moreira Neto e Häberle, a segunda premissa adotada, que aduz ser impossível a formulação de uma decisão judicial, sobretudo a partir de conceitos jurídicos indeterminados como o de “interesse social”, que figura como requisito para modulação de efeitos, nos leva a tecer esta breve e respeitosa crítica à figura do consequencialismo.

A aceitação da abertura do sistema jurídico para bases extrajurídicas, para nós, não representa interferência negativa de sistemas. Em verdade, como explorado por Kennedy, o direito em momento algum se relevou como sistema fechado, sendo tal premissa espécie de pacto geral em favor do conceito de Estado de Direito, firmado entre atores políticos, por meio do qual se adota e generaliza a concepção de neutralidade ideológica na interpretação

e criação do direito.

Ao adotar critérios externos, o órgão jurisdicional promove a necessária abertura do sistema jurídico, ao mesmo tempo que dá concretude a disposições contidas dentro do ordenamento.

• CONCLUSÃO

A modulação de efeitos, cuja gênese, ao menos no direito legislado, se deu com a edição da Lei Federal nº 9.868/99, experimentou extensão de seu âmbito de aplicação a partir dos “precedentes vinculantes”, tratados pelo Código de Processo Civil, passando a lei positivada a prever que a modulação dos efeitos pode ocorrer também na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais superiores e, ainda, daquela derivada do julgamento de casos repetitivos.

A modulação de efeitos na alteração do entendimento do Poder Judiciário acerca de determinado tema não é irrestrita: o próprio Código de Processo Civil estabelece como requisitos de sua utilização a preservação do interesse social e da segurança jurídica.

A definição do que é interesse social pode ser encontrada a partir de uma hermenêutica clássica. A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro passou a contar, a partir de 2018, com os artigos 20 a 30, que se utilizam de termos como “consequências práticas”, “obstáculos e dificuldades reais”, “exigências das políticas públicas” e “circunstâncias práticas” na definição de regras relativas à segurança jurídica na aplicação do direito público.

Conforme lições de Carlos Augusto de Carvalho, “no texto da lei se entende não haver frase ou palavra inútil, superflua ou sem efeito” e, portanto, não há que se falar em consequentialismo em situações nas quais ocorre atribuição de efeitos *ex nunc* em favor do Estado a partir de argumentos relativos aos impactos orçamentários, sobretudo considerando o dever dos entes políticos de concretizar as políticas públicas delineadas na Constituição da República Federativa do Brasil, dever que só é possível cumprimento através de recursos

orçamentários suficientes.

Ainda que não se aceite a premissa acima, no sentido de estarem os argumentos insertos no ordenamento jurídico, por ser obrigação do julgador interpretar e encontrar o melhor conteúdo da norma, o trabalho jurídico desempenhado invariavelmente ocorrerá sobre bases extrajurídicas, consciente ou inconscientemente, inclusive quando se limita a buscar fundamentação apenas no sistema do direito.

A abertura do ordenamento jurídico conduz a uma releitura da plenitude e suficiência do sistema como abertura e integração do ordenamento.

Ao adotar critérios externos julgador não apenas promove a necessária abertura do sistema jurídico, mas também operacionaliza disposições do próprio sistema jurídico.

• REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry A; SHERWIN, Emily L. Precedent. Legal studies research paper series. Research paper nº 05-14. University of San Diego. September 2004.

ALVIM, Teresa Arruda. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes [livro eletrônico]. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/205737881/v3/page/RB-1.1>

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Publicada no DOU de 11.11.1999

BRASIL. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Publicada no DOU de 27.2.1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.026.234. Primeira Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em 11.06.2008.

CARVALHO, Carlos Augusto de. Direito civil brasileiro recopilado, ou, Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017.

FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica jurídica [livro eletrônico]. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KENNEDY, Duncan. Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation. Utah Law Review, 1996:785.

KENNEDY, Duncan. A Left Phenomenological Alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation. Legal Reasoning, Collected Essays. Aurora: The Davies Book Publishers, 2008.

LEWIS, Sebastian. Precedent and the Rule of Law. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 41, Issue 4, Winter 2021.

LIRA, José Ricardo Pereira; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. O *critical legal studies* na visão de Duncan Kennedy. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, ano 9, ed. 1, vol. 1, 2024. Disponível em:

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/critical-legal-studies>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado [livro eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. Disponível em:

<https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/100864097/v10/page/IV>

MITIERO, Daniel. Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo no século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único – 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

VIANA, Ulisses Schwarz. O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão. Publicado em Revista Jurídica da Presidência, v. 23, n. 129, fev./maio 2021.

[1] Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

[2] “Art 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Publicada no DOU de 11.11.1999

[3] ALVIM, Teresa Arruda. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes [livro eletrônico]. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. RB-1.1.

Disponível em:

<https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/205737881/v3/page/RB-1.1>

[4] “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: III – para a obtenção de ordem lógica:

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.” BRASIL. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Publicada no DOU de 27.2.1998.

[5] VIANA, Ulisses Schwarz. O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão. Publicado em Revista Jurídica da Presidência, v. 23, n. 129, fev./maio 2021, p. 152.

[6] CIMARDI, Cláudia Aparecida. A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[7] LEWIS, Sebastian. Precedent and the Rule of Law. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 41, Issue 4, Winter 2021. p. 874.

[8] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único – 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1388-1389.

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.026.234. Primeira Turma. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgado em 11.06.2008.

[10] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado [livro eletrônico]. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. RL-1.182. Disponível em:

<https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/100864097/v10/page/IV>

[11] Op. Cit. 2019. p. 1389.

[12] DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017. p. 137.

[13] Op. Cit. 2017. p. 137.

[14] Op. Cit. 2024, p. RB-3.1.

[15] Ibidem.

[16] Ibidem.

[17] ALEXANDER, Larry A; SHERWIN, Emily L. Precedent. Legal studies research paper series. Research paper nº 05-14. University of San Diego. September 2004. p. 26.

[18] Op. Cit. 2020. p. 1406.

[19] MITIERO, Daniel. Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. RB-3.4.

[20] LIRA, José Ricardo Pereira; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. O *critical legal studies* na visão de Duncan Kennedy. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, ano 9, ed. 1, vol. 1, p. 47/70, 2024. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/critical-legal-studies>.

[21] Op. Cit. 2024.

[22] KENNEDY, Duncan. Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation. Utah Law Review, 1996:785. p. 804, 791.

[23] KENNEDY, Duncan. A Left Phenomenological Alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation. Legal Reasoning, Collected Essays. Aurora: The Davies Book Publishers, 2008. p. 158.

[24] Op. Cit. 2024, p. RB-9.1.

[25] Ibidem.

[26] Ibidem.

[27] CARVALHO, Carlos Augusto de. Direito civil brasileiro recopilado, ou, Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899. p. 145.

[28] FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica jurídica [livro eletrônico]. 13^a ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

[29] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo no século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 195.

[30] Ibidem. p. 195.