

A FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA NO CPC DE 2015 E A MODULAÇÃO

Teresa Arruda Alvim*

Sumário: 1) A transformação operada pela modulação - 2) Segurança jurídica - 3) Ambientes de decisão - 4) A proteção da confiança - 5) A igualdade - 6) Quando se deve modular?

Resumo: Este artigo trata de uma novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, que consiste na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal mudar sua orientação, apenas com efeito prospectivo. Uma questão séria, também tratada pela autora, está relacionada em que circunstâncias esse efeito prospectivo deve ocorrer.

Palavras-Chave: Jurisprudência - Precedentes vinculantes - Anulação - Efeito retrospectivo - Boa fé - Igualdade - Segurança jurídica

THE NORMATIVE EFFICACY OF CASE LAW AND THE PROSPECTIVE EFFECT

Abstract: This article deals with a novelty brought by the new Brazilian Civil Procedure Code, which consists of the possibility that overruling's Supreme Court have prospective effect. A serious issue, also dealt with by the author, is related to under which circumstances this prospective effect should take place.

Keywords: Case law – Binding precedents – Overruling –

* Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Advogada.

Prospective effect – Good faith – Equality – Legal certainty

1) A TRANSFORMAÇÃO OPERADA PELA MODULAÇÃO



legislador do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 demonstrou de modo enfático a consciência que tem no sentido de que as decisões jurisdicionais ostentam, em diferentes intensidades, carga normativa. Isto significa que além de serem decisões para os casos concretos, também são invocadas como *precedentes*, para servirem de base para a decisão de outros casos iguais ou semelhantes.

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

O legislador processual civil brasileiro de 2015 foi ousado, ao criar a regra do 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”. (g.n.)

Esta, no entanto, não foi a primeira vez que o legislador brasileiro tratou do tema. A ideia de modulação, no direito brasileiro, nasceu ligada ao controle *concentrado* de constitucionalidade.

Entretanto, mesmo antes da Lei 9.868/1999, que tem dispositivo expresso permitindo a modulação no controle concentrado, o STF, apesar da ausência de lei expressa permitindo, já modulava os efeitos de algumas de suas decisões.¹ Depois disso,

¹ Veja-se, nesse sentido, o interessante julgamento do RE 122.202/MG (10.08.1993), no qual, a fim de preservar o quinquênio progressivo já incorporado ao patrimônio

em vigor a Lei 9.868/1999, que textualmente só faz alusão ao *controle concentrado*, como adequado para produzir decisões cujos efeitos podem ser modulados, começou o STF a modular, em alguns casos, também os efeitos das decisões em controle difuso,² prestigiando, assim, o *princípio da confiança*.

Em 2016, entrou em vigor o CPC/2015, fazendo menção ao fenômeno da modulação no art. 927, § 3º, há pouco referido.

Embora a doutrina reconheça haver vários tipos de modulação, além da temporal, como, por exemplo, a subjetiva ou a territorial, o tema deste artigo dirá respeito exclusivamente à manipulação dos *efeitos da decisão judicial*, vista enquanto *precedente*, no tempo.

Neste sentido, a *modulação* é instituto concebido para concretizar, nos casos em que se entenda adequado prevalecer, o *princípio da proteção à confiança* (que se consubstancia na *dimensão subjetiva da segurança jurídica*), deixando salvo da

dos juízes mineiros e, posteriormente, declarado inconstitucional, o rel. Min. Francisco Rezek decidiu que o benefício até então pago não deveria ser devolvido, de modo que a decisão tinha eficácia *ex nunc*. Percebe-se, nesse caso, que a modulação dos efeitos não ocorreu no próprio julgamento da Representação de Inconstitucionalidade 1.379/MG, j. em 12.08.1987, de relatoria do Min. Moreira Alves, mas, sim, no julgamento do referido Recurso Extraordinário. A nosso ver, como explicaremos mais adiante, embora este caso, de fato, reclamasse modulação, esta não deveria ter sido feita por outro órgão jurisdicional, diferente do que decidiu a representação e em momento posterior. Confira-se ainda o RE 78.594/SP, de relatoria do Min. Bilac Pinto, em que houve a modulação dos efeitos, para que os atos praticados pelo oficial de justiça, cuja investidura pela lei estadual foi julgada inconstitucional, fossem preservados, em nome da segurança jurídica.

² No Brasil, adotamos ambos os sistemas: os controles difuso e concentrado. Confira-se acórdão recente do STF, em que se modularam os efeitos em controle de constitucionalidade difuso: “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” (STF, RE 522.897, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 16.03.2017, *DJe* 26.09.2017).

incidência da nova regra, quando a jurisprudência muda de rumo, as situações anteriores à alteração, em que o jurisdicionado *confiou* na pauta de conduta antes existente, agindo em absoluta *conformidade* com ela.

A nosso ver, criar *pautas de conduta* para o jurisdicionado não é fruto apenas da atividade do *legislador*, mas também da do *Judiciário*. Pode haver alguma variação de país para país, de sistema para sistema, e esta cooperação pode ocorrer em diferentes medidas ou dimensões, mas existe *sempre* a participação do que *faz a lei* e do que *a interpreta*, na criação da *pauta de conduta*. Apesar das diferenças, que podem decorrer do fato de, em alguns países, existirem precedentes vinculantes (ou não), do grau de liberdade que têm os juízes para interpretar e mesmo de haver (ou não) leis escritas, certamente o fato de se imprimirem, em alguns casos, efeitos prospectivos a mudanças de orientação dos tribunais faz com que a posição do juiz chegue bem perto da do legislador. Esta é a principal razão em virtude da qual ainda existe resistência considerável à adoção deste instituto em alguns países e mesmo ao seu uso, nos países em que o instituto existe.

O estudo da modulação é necessário e urgente. Trata-se de se poderem atribuir à alteração de precedentes ou às conhecidas “viradas” de jurisprudência, tão comuns no Brasil, efeitos apenas prospectivos. Esta necessidade se impõe e decorre da constatação da evidência de que *a atividade jurisdicional é, em alguma medida, criativa*.

Isto não quer dizer que a irretroatividade das leis deva ser idêntica à irretroatividade da jurisprudência. A modulação é excepcional. Mas o instrumento existe e está à nossa disposição e precisa ser compreendido.

A recente Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, também dispõe sobre este tema e traduz, uma vez mais, a intensa preocupação do legislador com os efeitos nocivos da oscilação jurisprudencial, que

eleva a insegurança jurídica e repercute mal no ambiente de negócios do País.³

A redação dos seus dispositivos é excessivamente permeada de conceitos vagos, podendo, assim, gerar profundas discrepâncias interpretativas.

Entretanto, nos arts. 23 e 24, a nova lei diz algo de extrema relevância quanto à alteração de posição da jurisprudência. O art. 23 estabelece que a decisão, a respeito do tema x, que adota orientação diferente daquela que vinha sendo adotada pelas decisões anteriores do mesmo órgão, deve conter, em si mesma, *regime de transição* quanto à incidência dos efeitos que dela decorrem, quando isso for indispensável para concretização do princípio da confiança e da segurança jurídica.

O art. 23,⁴ cujo conteúdo foi resumido anteriormente, usa expressões ambíguas e, às vezes, vagas. Faz, também, uma distinção que seria dispensável: diz que a regra se aplica quando a nova interpretação recair sobre norma de “conteúdo indeterminado”. Provavelmente, o que o legislador quis dizer, e disse mal, é que as normas que ensejam alterações interpretativas, cujos efeitos devem ser modulados, seriam *apenas* aquelas que contêm conceitos vagos. O legislador disse menos do que queria.

Sabe-se que a indeterminação dos conceitos envolve graus: quase todos os conceitos têm certa dose de *vaguedad* (vagueza). Basta se pensar na palavra “mãe”, que pode abranger a *mãe natural*, a *mãe adotiva*, a *mãe biológica* etc., dependendo do contexto em que se encontre. A nova regra, óbvia e evidentemente, não se aplica “apenas” aos casos em que as normas, cuja interpretação foi alterada, contenham conceitos vagos. O

³ Da exposição de motivos da lei extrai-se que os novos artigos visam a gerar mais “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

⁴ “Art. 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”.

legislador, portanto, expressou uma preocupação correta de modo inadequado, o que deve ser corrigido pela via interpretativa.

O art. 24,⁵ por sua vez, tem o alcance que, a nosso ver, deve ser, efetivamente, atribuído ao instituto da modulação. Diz que quando o Judiciário revê certo ato, contrato, ajuste etc., que tenha se completado à luz de “orientações gerais da época”, para verificar sua validade, devem-se levar em conta, como parâmetro, exatamente as *orientações vigentes à época da ocorrência do ato*, contrato etc., e não o posicionamento posterior.

Cabe aqui sublinhar que, se a regra é oportuna e deve ser bem vinda, porque autoriza a modulação, não se deve erradamente concluir que é ao próprio juiz da causa que cabe recusar a aplicação, por exemplo, do “novo” precedente vinculante, porque a conduta que está avaliando no processo teria ocorrido antes da virada. Não é assim. A competência para modular é da Corte que proferiu o precedente que passou a não mais prevalecer, por ter havido mudança de orientação.

2) SEGURANÇA JURÍDICA

A modulação é instituto umbilicalmente ligado à segurança jurídica.

À segurança tem-se atribuído muita relevância hoje em dia, justamente como reação à profunda insegurança em que vivemos.

As causas desta insegurança, são as mais variadas, e,

⁵ “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”.

dentre as principais, está, com certeza, o excesso de informações, somado ao “dever”, que tem o homem contemporâneo, de planejar, racionalmente, e, de certa forma, *predeterminar* seu futuro. Não há como assimilar toda a informação que está à disposição, e, muito menos, gerenciar e organizar os dados, para compreender adequadamente o presente e planejar o que há de vir, exercendo, assim, certa dose desejável de controle sobre o futuro. A sensação de impotência é fonte de tremenda insegurança.

Vivemos, por outro lado, em sociedades de grupos. Não há mais uma camada *dominante* e outra *dominada*. Há interesses, e grupos se formam à volta deles: as instituições financeiras, os consumidores, os industriais, e assim por diante. Interesses estes, muito frequentemente, contrapostos. Há muitas “verdades”, muitas versões da realidade, muitas noções diferentes do que seja *certo* e *errado*.

Este quadro pode gerar excesso de regramento, leis, decretos, medidas provisórias, e, portanto, correlatamente, o perigo de não se saber *exatamente* “o que é o direito”, por qual *pauta de conduta* deve o jurisdicionado orientar-se.

Esta situação se reflete na instabilidade da jurisprudência.

Ademais, as civilizações contemporâneas cada vez mais possibilitam que camadas sociais, antes excluídas, usufruam de benefícios como hospitais, consumo e, é claro, acesso à justiça.

Some-se a isto o movimento tentacular exercido pelo direito: *tudo* é disciplinado, regulado, normativizado. Indivíduos podem, de fato, ir à justiça em vários papéis: marido, consumidor, idoso, contribuinte etc...

Não é demais lembrar-se aqui da pressão típica da nossa época: tudo deve ser feito muito rapidamente. A necessidade de rapidez diz respeito tanto às leis, quanto às decisões judiciais.

É exatamente este contexto que *revitaliza* o estudo da segurança jurídica. Como observa Humberto Ávila⁶, “só se obtém

⁶ *Teoria da Segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.

plena consciência do significado de um bem quando se o perde”.

Trata-se de tema vastíssimo, e, como é evidente, a própria expressão tem vários sentidos e dimensões, que, de certo modo, se interpenetram e se complementam.⁷

A dimensão do princípio da segurança jurídica que serve de pano de fundo para a modulação, é a *subjetiva*: liga-se à necessidade de que *pautas de conduta* sejam *conhecidas*, de molde a permitir o planejamento das ações, sem surpresas posteriores.

A função da modulação é criar segurança jurídica, sob o prisma *subjetivo*, i. e., protegendo a *boa-fé* e a *confiança*. Trata-se, sem dúvida, de um instituto que dá *funcionalidade* a estes princípios.

Neste artigo, tentaremos identificar critérios que recomendam haja modulação em alguns casos. E outras em que devem prevalecer outros valores, sendo a modulação inconveniente.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que mudanças frequentes e em curtos espaços de tempo, de pautas de conduta, sejam elas provenientes, originariamente, do Legislativo, dos Tribunais Superiores, de súmulas vinculantes ou não...etc., são indesejáveis e têm o condão de comprometer a segurança jurídica, no sentido da estabilidade. Por outro lado, mudanças são necessárias, muitas vezes.

Por outro lado, sabe-se, o direito muitas vezes evolui como obra do Poder Judiciário. A jurisprudência não raramente se adianta e acaba criando respostas às necessidades da sociedade, antes do legislador.

⁷ A esse respeito, observa Alexandre Freire: “O princípio da segurança jurídica é, sem dúvida alguma, um dos pilares do Estado de Direito. Visa a garantir estabilidade e tranquilidade nas relações jurídicas, tendo como principal objetivo proteger e preservar as expectativas de comportamento das pessoas em relação ao que resulta de suas ações e no que diz respeito às ações esperadas de terceiros”. (Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando. (Coords.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: RT, 2017, p. 51-82, especialmente, p. 63)

De fato, a lida com o direito envolve tratar do delicado equilíbrio que deve haver entre a necessidade de sua *adaptação* às alterações sociais e a de que haja *estabilidade*. Sem estabilidade não há previsibilidade (= calculabilidade, em grau considerável). Sem previsibilidade, neste sentido, não há direito: há caos.

É imprescindível notar 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”.⁸

O que interessa mais diretamente ao tema central deste artigo é a alteração do direito ocorrida pela obra dos juízes, quando estes mudam súmulas, precedentes, jurisprudência dominante. Portanto, é imprescindível tratar da possibilidade de o juiz “inovar” (= exercer seu poder criativo), para além do que estava antes estabelecido no sistema, em sua configuração anterior, como pauta de conduta (=direito) para o jurisdicionado.

3) AMBIENTES DE DECISÃO

Quando o juiz pode inovar?

Os *ambientes de decisão* – regras e princípios de direito material à luz dos quais certos casos serão objeto de decisões jurisdicionais – é um conceito que pode ajudar a responder a esta pergunta.⁹

A sentença deve respeitar as características do *ramo*¹⁰ do direito material que disciplina o caso posto sob sua apreciação.

⁸ HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. Paris: Sirey, 1929, p. 6, *apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014. (g.n.)

⁹ Veja-se artigo em que se adotaram os conceitos de identidade essencial no âmbito dos Embargos de Divergência: CAMARGO, João Ricardo. O novo desenho estrutural dos Embargos de Divergência no STJ traçado pelo CPC/15. *RePro*, São Paulo, n. 272, p. 271-296, 2017, especialmente p. 288 e ss.

¹⁰ Ou do conjunto de normas de direito material, que não correspondem, necessariamente, a um ramo do direito.

Se se tratar, por exemplo, de um caso a ser resolvido por normas de *direito tributário*, princípios de direito tributário hão de ser respeitados: o da *estrita legalidade tributária*, o da *anterioridade*, o da *capacidade contributiva* e tantos outros.¹¹ Portanto, nestes *ambientes decisoriais rígidos*, o sistema de precedentes vinculantes produz bons resultados.

Inovações neste ramo do direito não deveriam, como regra, fazer-se pela mão dos juízes, porque, como a jurisprudência tem efeito retroativo (i.e., colhe situações em que o contribuinte pautou sua conduta à luz da orientação anterior), princípios basilares de direito tributário seriam mortalmente ofendidos, como, por exemplo, o da anterioridade. Valores prestigiados pelo direito tributário, como, por exemplo, a previsibilidade, seriam desprezados, de molde a desfigurar a estrutura fundamental deste ramo do direito.

A evolução do direito deve ter lugar, a nosso ver, neste tema, por *obra da lei*. A lei, ao contrário, tem aplicação para o futuro. A possibilidade de que a alteração da jurisprudência tenha efeitos “moduláveis” suaviza o rigor desta regra de divisão de funções, entre Judiciário e Legislativo.

São outros, todavia, os princípios que regem, por exemplo, o direito de família. Neste *ambiente decisional*, que entendemos possível chamar-se de *frouxo*, tem sentido a afirmação de que a “jurisprudência é o termômetro mais sensível das alterações da sociedade e não deve ser engessada”. É, em grande parte, por obra da construção dos juízes que o direito de família se modifica, se adapta.¹²

¹¹ Conforme: CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2004; AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2005; ATALIBA, Geraldo. Limitações constitucionais ao poder de tributar. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 51, p. 153, jan./1997; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2005; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005; MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989.

¹² Diz-se, no direito inglês, que os aspectos criativos da decisão judicial são visíveis

Os critérios de distinção destes dois tipos de ambientes são os *princípios basilares* de cada um dos ramos de direito material que servirão de base à decisão: este é o *ambiente* em que a decisão será tomada.

Este *ambiente decisional* é que fornecerá elementos para que se saiba: se o juiz pode levar em conta, na sua decisão, *alterações sociais* que o autorizam a divergir *suavemente – nunca bruscamente* – do que até então estava estabelecido.

Em campos mais *frouxos* é que, segundo nos parece, à jurisprudência pode caber, sim, (também) o passo, talvez o primeiro passo, na evolução do direito: *transformação das regras de direito material*.

4) A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Roque Carrazza, grande tributarista brasileiro, menciona, no contexto do princípio da segurança jurídica, certamente tendo em vista o direito tributário, a necessidade de que *o direito* tenha o timbre da irretroatividade, e não a lei,¹³ o que faz integral sentido, já que o direito não se confunde com a lei, compreendida em sua literalidade.

Todavia, pensamos que a alteração da jurisprudência é *naturalmente retroativa*,¹⁴ no sentido de atingir situações que

também no *law of torts* (= responsabilidade extracontratual), que não são uma parte estática do direito (MARSH, Norman. Principle and Discretion in the Judicial Process, *Law Quarterly Review*, v. 68, 1952, p. 226).

¹³ CARRAZZA, Roque. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais - Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la - questões conexas. In: FEERAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed., Barueri: Manole, 2009, p. 48.

¹⁴ Alteração da jurisprudência tem vocação retroativa. Como explica Daniel Mitidiero: “Em segundo lugar, a *alteração do precedente deve ter vocação retroativa*, isto é, o novo precedente tem de ter a pretensão de regular casos para os quais se aplicava o precedente anterior. Isso porque é justamente para evitar a aplicação de uma *norma inexistente* e, portanto, *desconhecida* no momento da conduta de determinada pessoa que a superação prospectiva do precedente e encontra justificação”. (*Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 134).

ocorreram durante a prevalência da orientação anterior.¹⁵ *Justamente por isso é que existe a modulação*, tema central deste artigo: para corrigir esta distorção, nos casos em que esta correção é necessária.¹⁶

O direito é a *lei*, interpretada pelos *tribunais* à luz da *doutrina*: destes elementos emerge a *pauta de conduta*, que orienta a vida do jurisdicionado, indicando-lhe o que pode e o que não pode fazer.

O princípio da proteção da confiança vem-se tornando cada vez mais relevante para o direito, porque eleva o nível do potencial de atividades humanas, contribuindo para a racionalização das escolhas, que integram a conduta dos homens, permitindo progressos de antecipação dos comportamentos futuros do *alter*.¹⁷

¹⁵ Criticando a situação anterior ao CPC/15, Estevão Mallet afirma que: “A irrestrita aplicação retroativa da jurisprudência suscita, como visto, graves problemas práticos, comprometendo a segurança jurídica. Por isso, a despeito do entendimento geralmente dominante nos tribunais, encontram-se, também no sistema jurídico brasileiro, restrições a esse resultado. Algumas estão expressas no próprio direito positivo. Outras são criadas pela doutrina e pelos tribunais, de modo casuístico, para evitar prejuízos sociais relevantes”. (A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *RePro*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 67-84, mar./2006).

¹⁶ Neste sentido: “É relevante que se compreenda o porquê dessa diferença: a alteração da jurisprudência tem, sempre, salvo no caso de haver modulação, efeito retroativo. A mudança da pauta de conduta, quando ocorre por obra do juiz, acaba por servir de base para avaliar casos que ocorreram à luz da orientação superada, o que gera surpresa, indesejável e, de rigor, inadmissível, como regra, no âmbito do direito tributário ou penal.

Veja-se que a própria modulação é sinal evidente de que o legislador reconhece que decisões judiciais geram pauta de conduta: orientação para os outros tribunais e para o próprio jurisdicionado. Trata-se da preocupação do legislador de criar normas de direito “intertemporal” também para a mudança da jurisprudência.

Um rápido parêntesis acerca da importância e da coerência na aplicação da técnica de modulação dos efeitos das decisões, para o que citamos a lição de Marinoni: ‘O emprego das técnicas de modulação dos efeitos temporais exige cautela. Obstaculizar a retroatividade de efeitos pode gerar resultados inconsistentes ou tratamento desigual para casos iguais’”. (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: RT, 2017, p. 140-141).

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo, comentando pensamentos de Niklas Luhmann, *Coisa julgada e preclusão dinâmicas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, item 1.10.7.1, p.

Em última análise, a sociedade “funciona melhor” quando uns confiam nos outros e todos confiam no Estado. E, é evidente, quando esta confiança é prestigiada.

Indivíduos devem poder confiar no Estado. O Estado não pode frustrar e desorientar o jurisdicionado, tendo condutas contraditórias, e, portanto, surpreendentes. O princípio da confiança é, a nosso ver, ínsito ao Estado de Direito.

A exigência de que as autoridades em geral ajam de boa-fé é indispensável à segurança jurídica.¹⁸ Aqui se está referindo obviamente à boa-fé objetiva, que nada tem que ver com o plano interno, das intenções: é a ausência de abuso, a coerência e a harmonia dos atos que compõem suas condutas.¹⁹

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

Geram confiança, por exemplo, a lei, a jurisprudência firme e iterativa de um Tribunal, um precedente de um Tribunal de cúpula etc.²⁰

156.

¹⁸ Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello: “A analogia é perfeita: o administrador *de boa-fé* que agiu na conformidade com ato administrativo tido por inválido, deve ser resguardado dos efeitos nocivos desta invalidação, pois os atos foram obra do próprio Poder Público. A Ação Pública deve invalidá-los, evitando que continuem a produzir efeitos, mas muitas vezes não se devem desconstituir o que se produziu ‘sob o beneplácito’ do próprio Poder Público”. (MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 473).

¹⁹ No mesmo sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.: “A proibição de *venire contra factum proprium* impõe-se à Administração, inclusive, ao Judiciário, pois decorre diretamente do texto constitucional, já que agindo contra seus próprios atos o poder público viola os princípios da segurança jurídica (arts. 1º, 5º, *caput* e XXXVI, CF), da solidariedade (art. 3º, I, CF), da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) (NERY JR., 2009, 86)”. (Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: ADONIAS, Antônio; DI-DIER JR., Fredie. (Orgs.) *Projeto do novo Código de Processo Civil – 2.ª série: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 367).

²⁰ O princípio da proteção da confiança é que dá paz e tranquilidade para que as pessoas planejem suas vidas: “Em resumo, a expectativa de comportamento é uma espécie de esperança ou aposta baseada em padrões e comportamentos anteriores já experimentados ou conhecidos. É a espera pela resposta que é possível *sensatamente*

A mudança da jurisprudência dominante ou pacificada de qualquer tribunal, bem como a alteração de tese adotada em precedentes vinculantes “revela comportamento contraditório do Estado que não pode prejudicar o jurisdicionado”.²¹ Ainda mais quando a mudança beneficia o Estado, pois, neste caso, prejudicar o particular para favorecer o Estado seria permitir que este se beneficiasse da própria torpeza.

A tutela da confiança, quando relacionada à mudança da posição dos Tribunais pode levar a (i) recomendar que esta *não ocorra*, pelo dever de coerência, se decorre de “mudanças caprichosas de critérios decisórios”²² (ii) criação de regras de transição, em caso de haver mudança de regime jurídico de alguma situação (iii) a não incidência do novo entendimento em situações fáticas ocorridas antes da alteração.

A modulação consiste, como diz, com razão, Valter Shuenquener de Araújo, de *uma forma de tutela contra o Estado*,²³ com o objetivo de resguardar a confiança que teve o jurisdicionado na pauta de conduta por aquele criada.

5) A IGUALDADE

Diz-se que o princípio da igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.²⁴ A

antecipar. Essas expectativas, como confirmam as experiências de vida, preparam os sujeitos para lidar com resultados decorrentes do que se espera ou se pode esperar. Elas programam os projetos existenciais das pessoas. Assim, uma vez que se pode antecipar um resultado possível, qualquer surpresa frustra expectativas, causando decepção ou prejuízo de alguma ordem”. (FREIRE, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 60, g.n.).

²¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Limites à mudança jurisprudencial. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (Coords.). *Direito jurisprudencial: volume II*. São Paulo: RT, 2014, p. 1127.

²² BARROSO, Luís Roberto, no Prefácio à obra de ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

²³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, *passim*.

²⁴ Observa, Luiz Alberto David Araújo, oportunamente, que o texto constitucional,

igualdade, no entanto, deve ser compreendida em conjunto com outros princípios. Liga-se à ideia de equilíbrio. Não raras vezes, a aplicação do princípio “tem por pressuposto a existência de situações diferentes (não idênticas), às quais, no entanto, deve ser assegurado um tratamento equilibrado, não discriminatório”.²⁵ É o caso de uma norma que disponha deverem empregos ou vagas em universidades ser assegurados a deficientes visuais.

Na verdade, a principal função do princípio da igualdade é a de evitar “previsões discriminatórias injustificadas”.²⁶ Assim, discriminar o consumidor ou o trabalhador, para protegê-lo, não é desrespeitar regra que diz que ambos devem receber tratamento isonômico, já que estão sendo “favorecidos” porque são, presumivelmente, a parte “mais fraca”.

Uma das consequências inafastáveis da incidência desse princípio é a de que, em face de casos *rigorosamente idênticos*, deve, o Judiciário, decidir conforme a lei, compreendida e aplicada da mesma forma.

A modulação, entretanto, cria uma situação em que a isonomia é afastada. Quando há a modulação, a nova regra se aplica a algumas situações, mas não a todas. Algumas serão resguardadas, em nome de outros valores, de outros princípios. O principal, sem dúvida, é a segurança jurídica, sob o ângulo subjetivo: a confiança.

6) QUANDO SE DEVE MODULAR?

que tem redação distinta do anterior no que pertine à igualdade, veio colocá-lo na cabeça do artigo, fixando-a como princípio constitucional, regra de aplicação para a integração, deixando de incluí-la como um dos direitos individuais, mas erigindo a igualdade como pressuposto do entendimento de todos os demais. A igualdade, portanto, teve alteração topográfica em relação ao texto anterior, tendo essa mudança significado de grande importância na interpretação do texto. Assim, deixou a igualdade de ser fixada apenas com um dispositivo, e passou a constar com regra matriz (*A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Corde, 1994, p. 84).

²⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 115.

²⁶ Idem, destaques no original.

Se a jurisprudência tem, como observamos antes, naturalmente efeito retroativo, a modulação há de ser uma exceção, i.e., feita em alguns casos.

De fato, o normal é que atos do legislativo produzam efeitos para o presente (em certa dimensão) e para o futuro. Decisões judiciais operam efeitos para o passado.

Como, então, saber em que casos deve haver modulação?

O *primeiro critério* que aparece como fundamental para identificar casos em que a modulação deve haver é o de que, com ela, se estará *protegendo a confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior*.²⁷

Não se trata de um argumento preciso.²⁸ Mas, a nosso ver, este tema, que é extremamente resistente à sistematização e à disciplina baseada em critérios seguros e confortáveis, leva, necessariamente, à lida com parâmetros nublados, que, justamente porque carecem de precisão, devem ser considerados em conjunto.

A orientação anterior deve ter sido, como regra, *firme e duradoura*. Deve ter representado, para o jurisdicionado, *confiável pauta de conduta* (= direito).²⁹ Isso pode ocorrer entretanto,

²⁷ Por isso é que aludem Marinoni e Mitidiero à necessidade, para que haja modulação, de que em tese existam soluções distintas para o mesmo caso: circunstâncias fáticas idênticas e mais de uma solução possível (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 281).

²⁸ Essa crítica é feita inteligentemente por Alaor Leite. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. *Actas do Colóquio o Direito Penal e o Tempo*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. p. 43-88, *passim*.

²⁹ “A revogação de precedente, ao alterar o entendimento da Corte a respeito da interpretação da lei federal, tem grande impacto sobre as situações levadas a efeito sob o império do precedente revogado. De forma que exige do Tribunal, em primeiro lugar, a análise acerca da existência de “confiança justificada”, uma vez que nem todo precedente gera confiança capaz de legitimar a conduta praticada. Depois, há que se verificar se o ato ou a conduta realmente deriva da confiança que se depositou no precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da

no direito brasileiro, também quando se trata de apenas *uma decisão do STF*, julgando recurso extraordinário avulso, ou seja, não repetitivo.

Um *segundo critério*, que nos parece capaz de auxiliar na identificação de casos em que deve haver modulação, é o de se tratar de situação em que o *ambiente decisional seja rígido*³⁰ e que, por isso, a nosso ver, em tese, não se teria recomendado que a alteração do direito (= da pauta de conduta) se desse por obra do Poder Judiciário.³¹

Quando se trata de hipótese que envolva direta ou indiretamente o Estado,³² a nova orientação do Tribunal *prejudica o particular*,³³ deve haver modulação. Este é um *terceiro critério*.

jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 15-34, abr.-jun. 2011; *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011).

³⁰ Tratamos deste conceito no item 4 deste artigo. Exatamente nesse sentido, Eva Steiner: “As indicated above, a first attempt towards systematization consists in distinguishing between different fields of law. Three relevant areas have been generally identified in the foreign material under review: criminal law, civil law and tax law. They are now considered in turn” (STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdicions*. Springer International Publishing Switzerland, 2015. [Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3]. p. 18).

³¹ Inegavelmente, no direito tributário: “Ora a mesma técnica, os mesmos critérios de segura aplicação do princípio da irretroatividade das leis devem reger a irretroatividade das modificações jurisprudenciais. É evidente que a confiança está pressuposta, como confiança sistêmica, difusa. Todos devem acreditar, crer, confiar honestamente nos comandos do legislador e dos tribunais superiores. E isso se protege. E se protege de modo tão intenso, que a responsabilidade pela confiança não emerge, nem precisa ser percebida, está lá onde a segurança reina absoluta” (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 595).

³² Inevitável a analogia com a anulação dos atos administrativos. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: atos restritivos da esfera jurídica dos administradores, se eram inválidos, o ato que declara esta invalidade deve produzir efeitos retroativos. Ao contrário, efeitos apenas prospectivos devem ser dados à declaração de invalidade de ato administrativo ampliativo da esfera jurídica do administrado – efeito *ex nunc* (*Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 472).

³³ Ravi Peixoto faz menção ao requisito genérico do *prejuízo* que adviria a parte pela adoção da nova regra, que veio com a alteração do entendimento adotado (A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais

Não deve o particular arcar com os ônus decorrentes da incoerência da conduta dos representantes do Estado.

Conforme observamos antes, a modulação é um instrumento para que o particular possa defender-se contra o Estado. Quando a jurisprudência muda, o Estado (o Judiciário) está incorrendo em conduta encartável na *má-fé objetiva*:³⁴ é um *venire contra factum proprium*.

Alteram-se as regras segundo as quais deve pautar-se a conduta dos indivíduos, o que já é indesejável;³⁵ alteram-se, e, a nova regra, além de tudo, prejudica o particular!

Se não houvesse modulação quando a nova orientação do tribunal fosse *desvantajosa para o particular*,³⁶ *quando se tratasse de hipótese que envolva o Estado*,³⁷ o particular seria

para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 948).

³⁴ Salvo quando estiver adaptando o direito às alterações da sociedade ou corrigindo erros.

³⁵ Desde que, como dissemos na nota anterior, não se esteja adaptando o direito à realidade ou corrigindo erros.

³⁶ No âmbito tributário, isso é comum. Jeferson Teodorovicz, em denso artigo, trata da indesejável instabilidade da jurisprudência brasileira no campo tributária, observando que, já que o legislador não pode impedir tais mudanças, devem-se fixar limites aos efeitos de tais mudanças, protegendo a segurança jurídica. Devem ter efeitos prospectivos as mudanças que prejudicam o contribuinte, sendo lícita a argumentação consequencialista, ao lado da jurídica em sentido estrito (Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 131, p. 65-126, nov.-dez.2016).

³⁷ Nesse sentido, Antonio Alves Pereira Netto: “Essas opiniões se alinham no sentido de que a modulação dos efeitos, além de ser instrumento de cunho excepcional, deve se dar somente em favor do contribuinte, aquele que é o protegido pelo primado da segurança jurídica” (*Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 140). Entretanto: “A prática do STF, todavia, tem apontado no sentido oposto, deixando de aplicar a modulação de efeitos quando tal providência se mostraria favorável aos contribuintes e utilizando essa ferramenta para impossibilitar a repetição de indébito decorrente da inconstitucionalidade de norma tributária, como pode ser visto a partir dos RE 556.664, 559.882, 560.626 e 559.943 (julgados conjuntamente), do RE 353.657 e dos RE 377.457 e 381.964” (...) “Quando se trata da inconstitucionalidade de normas tributárias, é certo que as questões acima ganham maior

duplamente prejudicado.

Pode-se dizer que se o particular fosse lesado, em casos como o que se descreveu acima, estaria pagando por um “erro” do próprio Estado (Judiciário) para favorecê-lo (ao Estado).³⁸

Georges Abboud menciona tal critério, quando trata da modulação de decisão em controle de constitucionalidade, mas seu raciocínio se aplica à perfeição também à hipótese de alteração da jurisprudência firme ou de precedente vinculante. Afirma, a nosso ver corretamente, deverem prevalecer *direitos fundamentais*, ainda que em detrimento do interesse público. O dogma de que o interesse público sempre deve prevalecer deve ser afastado, pois se baseia na falsa concepção de que os *direitos fundamentais* seriam “direito privado” e nunca poderiam prevalecer sobre interesse público. Diz-se, habitualmente, que são oponíveis contra o Poder Público e contra outros particulares, não devendo “ceder” em nome de interesses públicos.

Direitos fundamentais têm apoio na Constituição. São conquista histórica e entendê-los como direitos “privados”, que devem “ceder”, quando postos lado a lado com o interesse público, consiste em verdadeiro retrocesso do próprio processo de civilização. São direitos “fortes”, exercitáveis contra o Governo e se constituem em limitação ao agir do próprio Governo.³⁹

complexidade. Por ser característico pela sua maior rigidez, o Direito Tributário traz nos dois polos de qualquer litígio interesses de peso para o sistema jurídico: de um lado, as razões do Estado; de outro, os direitos dos contribuintes, aos quais já foi reconhecido o *status* de direito fundamental, conforme exposto” (*ibidem*, p. 143).

³⁸ A doutrina, além de escassa, não é uníssona. Diego Diniz Ribeiro sustenta que a modulação também deve haver a favor do Estado (Fisco). “Diante dessas considerações, torna-se inegável afirmar que uma decisão judicial proferida pela mais alta corte do País gera uma expectativa jurídica também para o Estado-administração, razão pela qual, em caso de mudança jurisprudencial, esta expectativa deve ser respeitada. Por tais razões, a nosso ver é perfeitamente admissível a modulação de efeitos em matéria tributária não só em prol do contribuinte, mas também em benefício do Erário, tudo em respeito aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança” (A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e a jurisprudência do STF. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 178, jul. 2010, p. 37).

³⁹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2016, item 3.29.2.3, p. 367.

O interesse público, por si só, não garante a preservação de direitos fundamentais, nem estes podem ser apequenados em nome daquele.

Apesar de ser comum a afirmação de que entre o interesse público e privado, deve prevalecer aquele, esta, como dissemos há pouco, deve ser compreendida com cuidado. Não se pode mais dizer isto sem se fazer a observação de que o *interesse público cede, diante da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais* (arts. 1º, III e 5º da CF).⁴⁰ Trata-se, na verdade, de uma indevida simplificação, já que os direitos fundamentais constituem o fundamento funcional da democracia.

Pode-se enxergar, nos direitos fundamentais, verdadeira *garantia contra o abuso do Estado*. São direitos exercitáveis pelo particular para manter o Estado com seu poder *limitado* (na verdade, desenhado, em sua versão final).

Estes três critérios, em princípio, devem ser avaliados conjuntamente, para que estejam presentes as características de situação jurídica sobre a qual versará a decisão, que recomendam haja modulação.

Há, entretanto, uma situação especial que normalmente leva à necessidade de modulação: a das decisões jurisdicionais a respeito de *políticas públicas*. Este não é um quarto princípio, mas uma situação especial.

Está-se, aqui, em face de uma deformação, já que o Poder Judiciário acaba fazendo as vezes da Administração Pública e até do Legislativo, mais frequentemente do que seria desejável.⁴¹

⁴⁰ NERY JR., Nelson. Público vs. Privado?: a natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008. p. 229-254, especialmente p. 245.

⁴¹ “Toda esta deficiente atuação do Legislativo e do Executivo configura causa para a ascensão institucional do Poder Judiciário. O protagonismo do Judiciário em matéria de direito à saúde é também uma das facetas da crise do Estado Brasileiro. Ou seja, se o setor público não funciona adequadamente, o caminho natural é a judicialização” (SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 39).

A nosso ver, os três Poderes deveriam atuar *em conjunto* e harmonicamente para realizar princípios fundamentais constitucionais. Não é o que vem ocorrendo e o resultado disso é um Poder Judiciário extremamente sobrecarregado.⁴²

Quando o juiz decide sobre políticas públicas, como ocorre com a Administração, tem certa dose de discricionariedade para manipular ou dispor sobre efeitos de sua decisão.

Parece-nos que estes processos, em que o juiz, como se disse, realiza concretamente valores constitucionais, mas não se cinge, a sua atividade, à aplicação da lei (= do direito) ao caso concreto, consistindo substancialmente em exercício de atividade de administração do Estado, se inserem numa categoria mais ampla que vem sendo chamada de *processos estruturantes*.

Nesses processos, o juiz decide casos em que dá operacionalização às organizações burocráticas. Participa, junto com

⁴² “A crise do Legislativo decorre dos vários óbices ao exercício da sua atuação. Em primeiro lugar, em razão de acentuada inércia e omissão na edição de leis que sejam desejadas pela sociedade e que seriam necessárias para a regulamentação da Constituição. Nos últimos anos, o legislador tem deixado de assumir o seu papel para evitar comprometimentos políticos e, principalmente, para não receber o controle da sociedade e do seu eleitor. Além disso, a divisão em múltiplos grupos de interesse dificulta a atuação unitária do Poder, razão pela qual grande parte da atuação do legislativo é dedicada à edição de leis simbólicas, pois elas não atingem e não prejudicam ninguém. Pontos importantes para a sociedade, como reformas constitucionais (política, previdência, tributária) são temas que desafiam o legislativo há duas décadas.

Em segundo lugar, o Legislativo ainda é distante a legitimação democrática. O fisiologismo e o patrimonialismo ainda não marcas antigas e que estão presentes no universo do legislativo brasileiro.

A crise do Poder Executivo também não destoa.

Em primeiro lugar, a baixa governança impede a condução da administração pública brasileira. Em segundo lugar, há inércia e omissão na construção e execução de políticas públicas. Em terceiro lugar, a meritocracia ainda é considerada dogma no serviço público. O alto número de cargos comissionados, sem controle da capacidade técnica, influência na baixa qualidade do ato administrativo. Em quarto lugar, a eficiência ainda não se consagrou como princípio maior, a despeito da previsão no artigo 37 da Constituição.

Por fim, outro ponto refere-se ao lamentável custo da corrupção, que já foi internalizado (infelizmente) na economia, na vida pública e nos atos estatais” (SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 38-39).

Legislativo e com o Executivo, no processo de conceder significado a valores públicos. Estes valores estão, normalmente, envolvidos com os chamados processos estruturantes (*structural litigation*).⁴³ A concessão de significado a valores públicos há de fazer-se conforme a Constituição Federal.

A sociedade pode, efetivamente, exigir do Judiciário o controle de atos e condutas do Poder Público, e o faz por meio de Ações Populares, Ações Coletivas etc. Este fenômeno é hoje previsto no próprio ordenamento jurídico.⁴⁴ É inevitável, portanto, que o juiz, nestes casos, exerça certa dose de ativismo, já que a sua atividade é *menos* de aplicar o direito ao caso concreto e *mais* de se colocar no lugar da própria Administração Pública. O ativismo judicial nestes casos, entretanto, é parte da solução, e não do problema.

⁴³ Sobre o tema, ver: JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Corte Suprema estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *passim*.

⁴⁴ “O princípio da universalidade de Jurisdição estampado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, tornou-se fundamento para a judicialização ilimitada das questões sociais e políticas travadas no Estado Brasileiro. Significa dizer que inexiste atualmente limitador para o ajuizamento de ações judiciais.

Isso levou o próprio Judiciário a assumir para si a atribuição de regular e disciplinar tais questões, passando de coadjuvante do Estado a ator principal. É interessante observar a evolução do Poder Judiciário a partir do desenvolvimento do próprio Estado” (SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 43).