

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Lorenzo Pozzebon

A “SEGURANÇA JURÍDICA” COMO FUNDAMENTO À INSEGURANÇA: UM  
ESTUDO A PARTIR DA “TESE DO SÉCULO”

Porto Alegre

2022

Lorenzo Pozzebon

**A “SEGURANÇA JURÍDICA” COMO FUNDAMENTO À INSEGURANÇA: UM  
ESTUDO A PARTIR DA “TESE DO SÉCULO”**

Trabalho de conclusão apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pelo curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor e Pós-Doutor Daniel Francisco Mitidiero.

Porto Alegre

2022

## CIP - Catalogação na Publicação

Pozzebon, Lorenzo

A "segurança jurídica" como fundamento à insegurança: um estudo a partir da "tese do século" / Lorenzo Pozzebon. -- 2022.

101 f.

Orientador: Daniel Mitidiero.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. segurança jurídica. 2. precedentes: formação e superação. 3. modulação de Efeitos. 4. coisa Julgada. 5. consequencialismo, particularismo e insegurança. I. Mitidiero, Daniel, orient. II. Título.

Lorenzo Pozzebon

**A “SEGURANÇA JURÍDICA” COMO FUNDAMENTO À INSEGURANÇA: UM  
ESTUDO A PARTIR DA “TESE DO SÉCULO”**

Trabalho de conclusão apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pelo curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado pela Banca examinadora em 10 de outubro de 2022.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero — Orientador  
UFRGS

---

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos  
UFRGS

---

Prof. Dr. Daisson Flach  
UFRGS

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de dedicar este trabalho aos meus pais. Ainda que nos desentendamos, estão sempre ali prestando apoio, buscando o melhor para mim a todo instante. Sem eles não seria nada e com eles sinto que posso ser tudo.

Também ao meu avô (*in memoriam*), em especial por todas as vezes em que me levava para jogar futebol na escolinha — o que sem dúvidas foi um primeiro passo fundamental para a minha escolha pelo Direito. Que descanse em paz.

À minha cunhada, agradeço pelos conselhos e pelas leituras indicadas, sempre disposta a ouvir minhas digressões durante inúmeros jantares.

Ao meu irmão, uma das maiores inspirações que tenho na vida. De inteligência raríssima, serei sempre muito grato pelos debates que vão desde discussões jurídicas e políticas até àquelas concernentes aos mais variados esportes que gostamos de assistir.

Ao meu Professor Orientador agradeço as lições a mim transmitidas desde as primeiras cadeiras de Processo Civil até as suas inúmeras obras que tive o prazer de ler, bem como os seus conselhos e apontamentos para a realização deste trabalho.

Ao Pimentel & Rohenkohl Advogados e a todos os seus sócios e colaboradores, pela excelente oportunidade de aprendizado que me foi dada, sem a qual este tema não teria surgido.

Agradeço a todos os meus amigos que aqui não caberia citar, mas sabem que se encontram nesta dedicatória, em especial aqueles que me apoiaram na elaboração desta monografia e os que se dedicaram a ouvir infinitos minutos de palestras minhas sobre o tema desta pesquisa, sendo-me permitido inclusive quebrar a única regra do “rolê”: não falar de assuntos jurídicos.

Por fim, aos estimados leitores que se prestarem a ler esta monografia, deixo o meu muito obrigado.

*“O poder busca, sempre, formas para contornar os limites que o Direito vai a muito custo construindo.”*

(MACHADO, Hugo de Brito)

## RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar problemas recentes envolvendo o princípio da segurança jurídica e a sua projeção no tempo a partir de um caso específico: "a tese do século". A problemática decorre da má aplicação e compreensão de mecanismos voltados justamente à promoção e proteção do referido princípio, seja em âmbito geral, individual, objetivo e subjetivo. Tais questões são controvertidas, porque aparentam conflitar-se, o que densifica a insegurança no cenário apresentado, podendo ser projetada a casos vindouros. Para que se investigue esse panorama, na primeira parte estão assentadas as premissas teóricas, abordando-se desde o perfil conceitual do princípio da segurança jurídica até os mecanismos que servem à sua proteção e promoção em razão das mudanças decorrentes do transcurso do tempo, realizando-se a sua devida distinção. São eles: os precedentes, a sua formação e superação; a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade; e a intangibilidade pela coisa julgada. Após, busca-se aplicar as posições doutrinárias e jurisprudenciais adotadas à análise do caso, identificando-se os problemas que dele decorrem e que confirmam a hipótese que intitula este trabalho. Ao fim, são propostas possíveis soluções à luz da segurança jurídica, para que também possam servir de base a casos futuros.

**Palavras-chave:** segurança jurídica; precedentes; formação; superação; controle de constitucionalidade; modulação de efeitos; coisa julgada; intangibilidade; insegurança.

## ABSTRACT

This monograph aims to analyze recent problems involving the principle of legal certainty and its prospection in time from the study of a specific case: "the century's thesis". The problem stems from the poor application and bad understanding of mechanisms focused precisely on the promotion and the protection of legal certainty, whether in a general, individual, objective or subjective way. Such issues are controversial because they seem to conflict, which intensifies the insecurity in the presented scenario and that can also be foreseen in others to come. In order to investigate this situation, in the first part the theoretical premises are established, going from the basic ideals and generalities of the principle of legal certainty to the distinct mechanisms that serve to protect and promote it when there are abrupt modifications in law resulting from time passing. The mechanisms are precedents - their formation and their overruling or overturning -, the prospective effects of decisions in judicial review and the inviolability of *res iudicata*. After that, the theoretical positions adopted are applied to the analysis of the case in study, identifying the problems that arise from it which confirm the hypothesis that entitles this work. In the end its proposed possible solutions to the case in the light of legal certainty so they can also be used as a basis for future cases.

**Keywords:** legal certainty; precedents; formation; overruling; overturning; judicial review; prospective effects; *res iudicata*; inviolability; insecurity.

## LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

“ – Alínea

art. – Artigo

CCJs – Comissões de Constituição e Justiça

Cf./cf. – Conforme

COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

CPC – Código de Processo Civil (2015)

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973

Des. – Desembargador(a)

ed. – edição

fl./fls. – folha/folhas

Ibidem – Na mesma Obra

ICMS – Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação

Idem – Mesmo Autor

ISSQN – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza

LDOs – Leis de Diretrizes Orçamentárias

LINDB – Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro

*loc. cit.* – *loco citato* (no lugar citado)

Min. – Ministro(a)

nº – número

*Op. Cit.* – *Opera Citata* (obra já citada)

p. – página/páginas

PIS – Programa de Integração Social

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

Rel./rel. – Relator(a)

RG – Repercussão Geral

RREE – Recursos Extraordinários

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ss. – Seguintes

TCU – Tribunal de Contas da União

TFR – Tribunal Federal de Recursos

tir. – tiragem

TRFs – Tribunais Regionais Federais

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TRF5 – Tribunal Regional Federal da 5ª Região

vol. - volume

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>A SEGURANÇA JURÍDICA E SUA PROJEÇÃO NO TEMPO: UMA ANÁLISE TEÓRICA.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.</b>	<b>O perfil conceitual do princípio da segurança jurídica no estado constitucional brasileiro: aspectos gerais .....</b>	<b>14</b>
<b>2.2.</b>	<b>Os mecanismos de proteção da segurança jurídica no tempo: a formação e a superação de precedentes, a modulação de efeitos e a coisa julgada .....</b>	<b>26</b>
2.2.1.	Noções prévias à distinção dos institutos .....	26
2.2.2.	A superação dos precedentes: formas, requisitos e efeitos.....	34
2.2.3.	A modulação de efeitos em sede de controle de constitucionalidade: a hipótese do art. 27 da Lei nº 9.868/1999.....	44
2.2.4.	O limite à retroação dos precedentes (formados ou superados) e às decisões de (in)constitucionalidade: a coisa julgada .....	55
<b>3</b>	<b>A “TESE DO SÉCULO”, OS SEUS EFEITOS E A COISA JULGADA: UM BREVE ESTUDO CRÍTICO DO CASO À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>67</b>
<b>3.1.</b>	<b>Superação para frente ou modulação? .....</b>	<b>67</b>
<b>3.2.</b>	<b>Qual era a solução adequada? .....</b>	<b>70</b>
<b>3.3.</b>	<b>As supostas e as verdadeiras razões para a solução adotada .....</b>	<b>75</b>
<b>3.4.</b>	<b>Os problemas decorrentes da indevida prospecção dos efeitos de precedentes e de decisões em controle de constitucionalidade .....</b>	<b>78</b>
<b>3.5.</b>	<b>As possíveis soluções à insegurança, à luz da segurança.....</b>	<b>84</b>
<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>90</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>93</b>
	<b>LISTA DE CASOS E LEGISLAÇÃO CONSULTADOS.....</b>	<b>96</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em março de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Assim, formou precedente no sentido de que o primeiro não integra o conceito constitucional de receita/faturamento dos contribuintes pessoas jurídicas, que constitui o fato imponible e a base de cálculo das referidas contribuições.<sup>1</sup>

Naquela oportunidade, a Suprema Corte nada mencionou acerca dos efeitos da sua decisão, isto é, a partir de quando a referida orientação teria validade. Em sede de recurso de embargos de declaração, a União postulou, entre outras coisas, a atribuição de efeitos prospectivos (*ex nunc*) à decisão de mérito. Defendeu, em síntese, a necessidade de se proteger a segurança jurídica e o excepcional interesse social, porquanto a retroação (*ex tunc*) da declaração de inconstitucionalidade, bem como do precedente formado – que, via de regra, possuem este efeito – causaria enorme prejuízo aos cofres públicos.

Ao acolher o argumento da Fazenda Nacional, o STF ressaltou, contudo, as ações já ajuizadas até a data do julgamento de mérito. Assim, os contribuintes que já haviam ajuizado ações postulando o reconhecimento da inclusão indevida teriam direito à restituição ou à compensação daqueles valores recolhidos a maior nos últimos 05 anos<sup>2</sup> contados do ajuizamento da ação individual. Por sua vez, os contribuintes que não possuíam ação em trâmite, embora também tenham obtido o direito à exclusão dos valores de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, só poderiam obter a restituição ou a compensação com retroação até o dia 15 do mês de março de 2017.

O primeiro problema se encontra no julgamento dos embargos declaratórios, ocorrido no dia 13 de maio de 2021, ou seja, na solução adotada pelo Tribunal Pleno do STF no que concerne aos efeitos do precedente e da inconstitucionalidade. Isso porque parece ter ocorrido

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (RG Tema nº 69). Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 15 mar. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>. Acesso em: 26 jul. 2022.

<sup>2</sup> Como regra, este é o prazo prescricional no âmbito do Direito Tributário, cf. o art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932, *in litteris*: “Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” (BRASIL. *Decreto nº 20.910 de 06 de janeiro 1932*. Art. 1º).

uma verdadeira confusão de conceitos, embaralhando institutos diversos e aplicando-os a uma única situação que demandaria somente a aplicação de um instituto — talvez até mesmo a aplicação de nenhum deles. Trata-se dos mecanismos da superação para a frente do precedente e da modulação de efeitos em controle de constitucionalidade. Para que houvesse a verificação de sua incidência e, sendo o caso, a aplicação correta de um dos institutos, deveriam ter sido mais bem compreendidos e diferenciados, desde as noções de precedentes vinculantes e decisão, até a frequência, o modo e os requisitos com que devem ser aplicados. Surgem os primeiros questionamentos: o caso envolvia a superação para frente de um precedente ou a modulação de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade? E qual era a solução adequada neste caso?

O outro problema está no fato de que houve um hiato temporal de mais de 04 anos entre o julgamento que reconheceu a inconstitucionalidade (de março de 2017) e a decisão que entendeu pela necessidade de prospecção dos seus efeitos (de maio de 2021). Nesse período, as Cortes de Justiça e os juízos de 1ª instância, tendo em vista o sistema de precedentes adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro – que confere força vinculante às decisões das Cortes Supremas –, vinham aplicando a decisão de mérito proferida em 15 de março de 2017. À época, no silêncio da Suprema Corte, aplicou-se a regra, pela qual os efeitos devem retroagir.

Nesse contexto, um contribuinte que tenha ajuizado a ação em 2018, por exemplo, certamente o fez postulando a restituição ou a compensação dos valores inconstitucionalmente arrecadados pelo Fisco nos 05 anos anteriores ao seu ajuizamento (retroação até 2013). Ante a existência do precedente sobre a matéria, obteve rapidamente o reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão, bem como a declaração da compensação ou restituição dos valores recolhidos até 2013. Com o trânsito em julgado da sentença ou acórdão de procedência, a decisão do caso passou a estar albergada pela proteção da coisa julgada.

Sucedem que, ocorrendo a manipulação dos efeitos *pro futuro* pelo STF apenas em 2021, tornando-os prospectivos a partir do dia 15 de março de 2017, surge outro questionamento: o contribuinte que teve reconhecido, em decisão protegida pela coisa julgada, o seu direito à restituição/compensação dos valores recolhidos indevidamente com retroação até os 05 anos anteriores ao ajuizamento da sua ação individual, mesmo quando o ajuizamento se deu após 15 de março de 2017, poderia ver esse direito parcialmente suprimido pela rescisão da decisão que o declarou, fundada em norma superveniente?

Recentemente, os Tribunais Regionais Federais da 3ª, da 4ª e da 5ª região, em decisões proferidas em ações rescisórias propostas pela União, acolheram a pretensão da Fazenda, reconhecendo o cabimento destas e, com isso, a possibilidade de se rescindir decisões

transitadas em julgado pela superveniente superação de precedente ou modulação de efeitos de inconstitucionalidade. Eis os problemas que serão enfrentados.

A Relevância do tema decorre das recentes práticas do Supremo Tribunal Federal de não raras vezes prospectar os efeitos de suas decisões e/ou precedentes – especialmente em matéria tributária. Diante disso, não há muitos estudos que buscam enfrentar os eventuais impactos causados pela (má) aplicação das exceções à regra da retroação dos efeitos. As implicações práticas são profundas, considerando toda a repercussão econômica e a quantidade de contribuintes que enfrentam este problema, com impactos até mesmo na economia nacional. Quando se trata de segurança jurídica, sempre haverá uma relevância neste sentido.

Diante disso, após longa pesquisa doutrinária e jurisprudencial que circunda o tema, ao longo da presente monografia buscar-se-á demonstrar a hipótese de que não pode a segurança jurídica servir de pretexto à promoção da insegurança. Isso será feito a partir do cotejo do problema estabelecido, da análise do julgamento proferido pelo STF no dia 13 de maio de 2021 e dos fundamentos favoráveis à procedência das referidas rescisórias, em contraposição com o pensamento teórico-doutrinário que concerne ao tema, mediante o uso de argumentação lógico-dedutiva clara e precisa.

Para tanto, dividiu-se o desenvolvimento deste trabalho em duas partes. Uma teórica, na qual se analisará desde os aspectos mais gerais e conceituais do princípio da segurança jurídica, até aqueles concernentes aos instrumentos jurídicos densificados no ordenamento que servem à sua promoção e proteção, a partir da jurisprudência e em especial da doutrina pesquisadas. Estabelecidas as premissas teóricas, a partir delas será realizada a análise do caso, tendo como objeto os fundamentos despendidos pelos Ministros do Supremo quando do julgamento do recurso da União no caso paradigma, bem como aqueles motivantes da rescisão da coisa julgada nos casos individuais.

## 2 A SEGURANÇA JURÍDICA E SUA PROJEÇÃO NO TEMPO: UMA ANÁLISE TEÓRICA

Nesta primeira parte, buscar-se-á analisar o princípio da segurança jurídica e, em especial, a sua projeção temporal, de modo que será examinado desde o seu perfil mais conceitual, com a delimitação dos seus aspectos gerais, até o seu conteúdo mais dinâmico, este vinculado à forma com que é protegido e promovido na transição do passado para o presente e do presente para o futuro. Assim, serão analisadas as formas com que o referido princípio densifica os meios de promoção da sua finalidade no ordenamento. Necessário, pois, partir para a sua conceituação.

### 2.1. O perfil conceitual do princípio da segurança jurídica no estado constitucional brasileiro: aspectos gerais

O Estado de Direito pode ser classificado como um sobreprincípio, tendo em vista que estabelece relações com diversos outros princípios de variada natureza, em decorrência do seu amplo espectro. Esses princípios derivados expressam, ainda que indiretamente, o seu conteúdo, dentre os quais está um dos mais indispensáveis à sua realização: o da segurança jurídica.<sup>3</sup>

A Constituição Federal de 1988 tutela expressamente a segurança jurídica no seu texto, mais precisamente no *caput* do art. 5º,<sup>4</sup> estabelecendo-a como inviolável. É importante destacar que caso não estivesse presente nos enunciados contidos na Magna Carta, a exemplo de diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, em especial o alemão, aquela decorreria inevitavelmente do sobreprincípio do Estado de Direito, fazendo parte igualmente do ordenamento.<sup>5</sup>

Assim, mais do que uma correlação entre a segurança jurídica e o Estado de Direito, pode-se afirmar que este funda-se naquela.<sup>6</sup> Não bastasse, a segurança jurídica além de servir de fundamento ao Estado de Direito consolidado na Constituição pátria, consubstancia-se em uma verdadeira função deste. Isso porque o Estado Constitucional pós 1988, conforme o que

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 54.

<sup>4</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Caput* do art. 5º).

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de; MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). *Coisa julgada e precedente*: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

<sup>6</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23.

preceitua o art. 1º, inciso III, da Lei Maior<sup>7</sup>, foi consagrado como garantidor da dignidade da pessoa humana.<sup>8</sup> Esta só é respeitada quando ao indivíduo é permitido viver e planejar o seu presente e futuro com autonomia e liberdade. A pessoa humana é, pois, um fim do Estado Constitucional, e não um meio para a realização de finalidades diversas.<sup>9</sup>

Desta forma, para que seja assegurada a dignidade, deve ser respeitada a livre capacidade de autodeterminação dos cidadãos comuns, bem como as expectativas oriundas das suas relações frente ao Estado (*lato sensu*). E tendo em vista que a segurança jurídica visa a promover, proteger e instrumentalizar estes fins (liberdade e autonomia individuais), acaba, como consequência, assegurando dignidade à pessoa humana.<sup>10</sup> Do contrário, em um Estado fundando na insegurança, a isonomia e a liberdade restariam vilipendiadas.<sup>11</sup>

Traçadas estas linhas gerais sobre a segurança jurídica, faz-se necessário realizar um aprofundamento, ainda que breve, de seu conceito. Para tanto, é imprescindível a utilização da doutrina referência no tema, expressa na obra “Teoria da segurança jurídica”, de autoria do Professor Humberto Ávila. Este, após um longo processo de decomposição e análise da segurança jurídica em vários aspectos, a fim de elucidar suas dimensões e significações, chegou a um conceito “complexo e abrangente”<sup>12</sup>, o qual pode ser expresso da seguinte forma:

Em face de todas as considerações anteriores, pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito a sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.<sup>13</sup>

A partir do conceito acima transcrito, para que se atinja a sua maior compreensão, é necessário que sejam examinados os seus elementos essenciais, o que se passa a fazer.

---

<sup>7</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 1º, III).

<sup>8</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 24-26.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 13-14.

<sup>10</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 24-26.

<sup>11</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 23.

<sup>12</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 289.

<sup>13</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 286.

O primeiro elemento conceitual que merece atenção é a estrutura atribuída pelo referido autor à segurança jurídica, como uma norma-princípio.<sup>14</sup>

As normas são construções de significados a partir de enunciados com “função prescritiva”.<sup>15</sup> Prescritiva, porque direcionada à modificação ou conformação do comportamento humano.<sup>16</sup> Neste primeiro momento, importa dizer que constituem gênero de várias espécies (regras, princípios e postulados).<sup>17</sup> A segurança jurídica, como norma, possui um conteúdo prescritivo. Isto é, prescreve expressamente permissões, proibições e obrigações acerca daquilo que o ordenamento, como um todo, deve promover. Assim, dita ações ou inações que visem a aumentar o grau de previsibilidade do ordenamento jurídico (especialmente quando da sua mudança), na perspectiva do indivíduo-cidadão.<sup>18</sup>

No entanto, como se percebe, não há como dissociá-la da sua vertente axiológica. Logo, atuando também como um princípio, a segurança jurídica estabelece um “estado ideal de coisas”<sup>19</sup> que condiciona sua realização à adoção de certas medidas. Em apertada síntese, enquanto gênero norma possui conteúdo prescritivo direcionado ao Estado na sua tríplice divisão e enquanto espécie princípio estabelece o seu “dever-ser ideal”<sup>20</sup> voltado à pessoa humana, o qual necessita de concretização.<sup>21</sup>

Ainda assim, é necessário distinguir a segurança jurídica das regras e princípios convencionais, tendo em vista que aquelas costumam estabelecer uma correspondência entre fatos e hipóteses normativas e estes entre os efeitos produzidos por um comportamento fático e o estado de coisas que visa a promover.<sup>22</sup> De um modo geral, “tanto as regras quanto os princípios se dirigem ao comportamento humano”.<sup>23</sup> A segurança jurídica, em contrapartida, não estabelece uma relação direta com fatos, mas com outras normas. Assim, a relação daí decorrente é de conferência do princípio da segurança jurídica com outra norma, de natureza e

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 127-140.

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 17.

<sup>16</sup> GUASTINI, Ricardo. *dalle fonti alle norme*. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, p. 16.

<sup>17</sup> ALMEIDA, Luciana Robles de; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). *O que significa violar uma norma jurídica?: uma perspectiva processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 79-80.

<sup>18</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 127-128.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 165.

<sup>21</sup> *Idem*. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 130-132.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 137. Sobre as regras e princípios, ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102-109.

<sup>23</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 108.

conteúdo variados, para verificar se esta última produz efeitos em busca da realização do *telos* almejado por aquele.<sup>24</sup>

Outro ponto de diferenciação da segurança jurídica refere-se à sua inafastabilidade. As regras podem, em caso de conflito, ser alternativamente ab-rogadas. Os princípios, de modo semelhante, estão sujeitos a sopesamentos<sup>25</sup>, ponderações (se a sua eficácia for entendida como *prima facie*), ou simplesmente sobrepostos por argumentos contrários ao que buscam promover (se a sua eficácia for classificada como *pro tanto*). A segurança jurídica, contudo, não se enquadra em tais classificações, pois serve de fundamento a outros princípios e se instrumentaliza por meio de diversas regras. Logo, situando-se em um nível diferente das referidas espécies normativas, ela condiciona e estrutura o funcionamento do ordenamento jurídico, não podendo jamais ser afastada. Isso permite dizer que não há confrontos externos da segurança jurídica com outras normas ou ideais, podendo haver apenas conflitos internos entre os meios que a promovem no ordenamento.<sup>26</sup>

Em suma, a segurança jurídica estabelece finalidades a serem gradualmente promovidas mediante ações a serem realizadas não no mundo dos fatos, mas direcionadas ao próprio ordenamento jurídico.<sup>27</sup> O seu caráter prescritivo, em adição, confere um elevado nível de concretização aos valores e fins por si pretendidos.<sup>28</sup>

Dito isso, em razão de a segurança jurídica possuir conteúdo prescritivo, deve-se entender quem é o seu destinatário e quem é o seu beneficiário. Em outras palavras, levando-se em conta a sua matriz principiológica, é necessário compreender quem deve promover o estado ideal de coisas almejado, bem como quem deve ser contemplado por este *telos*, para somente então adentrarmos na materialidade<sup>29</sup> da norma-princípio, ponto central desta primeira parte.

<sup>24</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 138.

<sup>25</sup> Até aqui, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 164-165.

<sup>26</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 694-713.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 721.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>29</sup> Aqui é importante referir que o autor em comento, no mencionado processo de decomposição da segurança jurídica, utiliza terminologia amplamente difundida no campo do direito tributário, especialmente na obra do Professor Paulo de Barros Carvalho, que propõe a teoria da regra-matriz de incidência tributária, estruturando-a em dois aspectos: o antecedente (hipótese) e o consequente (preceito ou comando), os quais podem ser decompostos em diversos critérios. Na parte hipotética, menciona-se os critérios material, temporal e espacial. Já no consequente, os critérios pessoal e quantitativo, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 352-362. Antes dela, de muito destaque também a teoria da regra tributária como uma mera hipótese dividida em quatro aspectos: material, temporal, espacial e pessoal, cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 76-108. Assim, o conceito de segurança jurídica pode ser construído à semelhança por meio da estruturação de um “princípio-matriz”, decomposto em diversos aspectos, sendo eles o material (o que é o almejado estado de coisas), o aspecto objetivo (qual o seu objeto), o subjetivo (de quem e para quem), o temporal (quando), o instrumental (como) e o quantitativo (em que medida), cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 133, p. 139 e p. 265-302.

O destinatário da segurança jurídica é o Estado, segundo a Constituição. Com isso, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem observar o estado de coisas ideal que se manifesta explícita e implicitamente em regras e princípios, tanto no ordenamento constitucional, quanto no infraconstitucional. O Legislativo, por exemplo, deve observar as regras tributárias da anterioridade e da legalidade<sup>30</sup> quando da criação dos tributos. O Executivo, por sua vez, deve observar as mesmas regras para que possa cobrá-los. Por fim, o Judiciário possui o dever de fundamentação e publicização<sup>31</sup> de suas decisões no intuito de torná-las cognoscíveis<sup>32</sup>, ponto que será aprofundado logo mais.

Já o beneficiário da segurança jurídica, isto é, aquele que deve ser contemplado pelos seus fins, é o indivíduo comum. Este é quem deve ter a capacidade de se antecipar à atuação estatal para que possa se autodeterminar e se planejar na sua vida em sociedade.<sup>33</sup> Aqui é interessante destacar que a segurança jurídica funciona não só como um meio de proteção dos interesses individuais do cidadão, mas também dos interesses coletivos.<sup>34</sup> Assim, é possível que haja a consolidação de uma situação individual no tempo por meio da regra coisa julgada<sup>35</sup>, a modulação de efeitos<sup>36</sup> de uma decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade ou até mesmo a superação de um precedente<sup>37</sup>.

Tais situações, entretanto, podem conflitar-se diacronicamente, o que poderia gerar insegurança. É por este motivo que não existe segurança jurídica parcial. Ela deve ser total ou integral, de modo que as suas regras densificadas para a proteção dos interesses individuais

---

<sup>30</sup> Em linhas gerais, conforme dispõe o art. 150, I, da Constituição Federal, os entes tributantes não podem criar, majorar ou cobrar tributos sem previsão legal. Já o inciso III, alíneas 'b' e 'c', do mesmo artigo, estabelecem a impossibilidade de se exigir tributos antes de decorridos 90 dias da publicação da lei que os instituiu, devendo ser respeitada também a virada de exercício, em BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

<sup>31</sup> A Lei Maior garante, no art. 5º, LX, a “publicidade dos atos processuais”. Também o art. 93, IX, do mesmo diploma assegura a publicidade dos julgamentos perante o Poder Judiciário, bem como a fundamentação das suas decisões, cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, LX.

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 276.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 279-280.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 279-284.

<sup>35</sup> A coisa julgada configura-se como verdadeira regra constitucional, e não um princípio, cf. OLIVEIRA, Paulo Mendes de; MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41-45.

<sup>36</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Art. 27.).

<sup>37</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 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.” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. *Código de Processo Civil*. Art. 927, §3º.).

convivam harmonicamente com aquelas destinadas à proteção do ordenamento jurídico na sua totalidade. Portanto, havendo um conflito interno entre as suas dimensões, é essencial que seja verificado se a prevalência de uma incorre na aniquilação da outra. Dito de outro modo, a sobreposição de uma delas não pode impedir a realização de ambas.<sup>38</sup>

Sem precipitações, contudo, após a verificação da estrutura, dos destinatários, dos contemplados e da medida em que a segurança jurídica deve ser promovida, é preciso compreender o que efetivamente ela visa a alcançar. Para esclarecer, já foi dito que o seu fim está voltado à promoção e proteção da livre capacidade de autodeterminação da pessoa humana. O que se pretende agora é a investigação do conteúdo ou objeto desta finalidade. Explica-se: os fins podem ser constituídos de diferentes formas; os seus conteúdos, independentemente de suas formas e significados, devem ser almejados. No caso da segurança jurídica, o conteúdo do seu *telos* é “a realização de uma situação ou estado”.<sup>39</sup> E este deve ser “de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade” jurídicas.<sup>40</sup>

A cognoscibilidade normativa não significa e nem pode ser confundida com um estado de determinação das normas jurídicas. Isso decorre principalmente em razão da indeterminação da linguagem.<sup>41</sup> Para esclarecer este ponto, recorre-se à doutrina italiana da segunda metade do século passado concernente ao tema.

O Direito é duplamente indeterminado, porque sua fonte fundamental é a linguagem e esta pode ser equívoca. Por equivocidade se faz referência aos problemas da ambiguidade, complexidade, implicatividade e defectibilidade dos textos, bem como às suas formas de elaboração, a exemplo das redações *numerus clausus* e *numerus apertus*, muitas vezes imprecisas.<sup>42</sup> Diante disso, percebe-se que as normas jurídicas não correspondem exatamente aos textos que as expressam, pois estes não possuem clareza quanto aos seus significados. Necessitam, portanto, de uma adscrição de sentido.<sup>43</sup>

Essa atribuição de significado busca dirimir ou atenuar os problemas oriundos da equivocidade, fazendo uso da interpretação. Isso porque a interpretação jurídica é definida como a adscrição de significado a um documento normativo. Estes são usualmente escritos, mas, para que sejam dotados de normatividade, precisam ser elaborados por uma autoridade competente e imediatamente identificados como parte de um sistema de fontes normativas

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 279-283.

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102 e p.103.

<sup>40</sup> Idem. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 268.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 268.

<sup>42</sup> GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39-44.

<sup>43</sup> Idem. *dalle fonti alle norme*. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, p. 16-17.

(ordenamento).<sup>44</sup> Dito de maneira mais precisa, a atividade interpretativa consiste em decidir, propor ou identificar o significado imputável a um documento normativo constituído de um ou mais enunciados prescritivos. Dessa atividade resulta a norma.<sup>45</sup>

Com o transcurso do tempo, tais concepções levaram à superação da teoria cognitivista da interpretação, segundo a qual interpretar consistia na mera descoberta do sentido contido no texto, preexistente à interpretação. Isto é: a atividade interpretativa era unicamente declaratória de sentido, e não de investigação, de proposição e/ou de decisão acerca dos possíveis significados dos textos.<sup>46</sup> Muito mais do que uma mera declaração de significado, interpretar revelou-se atividade decisória, reconstrutiva e até mesmo construtiva de sentidos.<sup>47</sup>

Ainda assim, mesmo que já estejam consolidadas as teorias pelas quais a norma não é mais objeto, mas resultado da atividade interpretativa, a indeterminação do Direito persiste. Isso porque "... *la determinazione del significato dei vocaboli indefiniti resta demandata ad elementi extralegislativi...*".<sup>48</sup> Ou seja, os instrumentos valorativos dos quais se valem os intérpretes, os diferentes métodos utilizados para a construção, escolha ou identificação dos significados normativos e os interesses divergentes daqueles que interpretam podem fazer com que se dificulte o processo final de produção da norma. E diante de tais dúvidas interpretativas, não é possível discernir precisamente o âmbito de aplicação daquela, tornando-se vaga.<sup>49</sup> Portanto, a vagueza é a potencial dúvida quanto ao alcance da norma resultante da interpretação, pois é inviável precisar com exatidão as situações sobre as quais ela incidirá.<sup>50</sup>

Assim, a fim de eliminar não só a equivocidade, mas também a vagueza, bem como para evitar a discricionariedade do intérprete, é necessário que o operador do Direito se atenha aos significados mínimos dos textos jurídicos. Não bastasse, deve se valer de mecanismos de

---

<sup>44</sup> GUASTINI, Ricardo. *dalle fonti alle norme*. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, p. 15; TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 9-10. Para este último, os ditos documentos que exprimem mensagem normativa também podem ter origem consuetudinária, ainda que com maior raridade.

<sup>45</sup> TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 61-64.

<sup>46</sup> GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409-410.

<sup>47</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51-55.

<sup>48</sup> "... a determinação do significado dos vocábulos indefinidos fica vinculada a elementos extra legislativos...". Tradução de TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 26.

<sup>49</sup> GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 46-54.

<sup>50</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros/JusPodvim, 2022, p. 49.

controle racional das estruturas argumentativas quando da atividade interpretativa, a exemplo dos postulados normativos aplicativos e hermenêuticos.<sup>51-52</sup>

Tudo isto para dizer que o Direito é cognoscível quando o cidadão comum possui a capacidade de: i) reconhecer os significados mínimos presentes nos enunciados normativos; ii) conhecer os critérios que regem e balizam a interpretação normativa; iii) pelas duas antecedentes reduz-se a margem de indeterminação do Direito, viabilizando a capacidade de conhecer as possíveis atribuições de sentido aos textos e o seu potencial alcance. Logo, mesmo um ordenamento jurídico cognoscível admite um pequeno grau de indeterminabilidade. A segurança jurídica não pretende, pois, como cognoscibilidade, que o Direito seja absolutamente determinado, mas determinável.<sup>53</sup> A partir de um ordenamento cognoscível, os sujeitos de direitos passam então a orientar as suas condutas conforme aquele, conhecendo o direito aplicável a dadas situações. Tem-se, pois, a chamada “segurança de orientação”.<sup>54</sup>

Outra pretensão almejada pela segurança jurídica é a da confiabilidade do ordenamento jurídico. Há previsões neste, como as cláusulas pétreas constitucionais, que são absolutamente imutáveis. As mudanças, no entanto, são inevitáveis em alguma medida, diante das necessidades sociais que a todo momento demandam uma resposta do Estado, garantidor de direitos fundamentais, e das constantes variações e oscilações no contexto político e cultural.<sup>55</sup> A própria evolução da humanidade, como a tecnologia, faz com que a interpretação antes dada a um texto normativo seja alterada ou necessite de complementação.<sup>56</sup> Todavia, estas

---

<sup>51</sup> Os postulados atuam como condicionantes primordiais para a interpretação jurídica. Os ditos hermenêuticos, dentre eles o da coerência e o da hierarquia, proporcionam uma maior compreensão geral e abstrata do Direito, servindo de suporte para determinada escolha interpretativa. Já os normativos-aplicativos estruturam a aplicação concreta das normas e princípios, atuando como verdadeiras diretrizes interpretativas ao estabelecer critérios e parâmetros para a solução de antinomias jurídicas. Nestes últimos destacam-se a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade. Independentemente da espécie, o importante é que os postulados se direcionam ao operador do Direito, e não aos destinatários deste, sendo classificados, pois, como metanormas. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 163-185.

<sup>52</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 268-272.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 268-273.

<sup>54</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

<sup>55</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 142 e 270.

<sup>56</sup> Aqui, primeiro faz-se menção ao tema da superação dos precedentes, que ainda será objeto de aprofundamento deste estudo. Ainda, importante destacar também que com o passar dos anos podem ocorrer alterações nos conceitos que antes davam significação aos textos. Não se pode dizer, por exemplo, que o conceito atual de mercadoria para fins de incidência do ICMS é exatamente o mesmo do final dos anos 80 e início dos 90. Este acabou sofrendo ampliações diante das inúmeras novas formas de se comercializar bens em decorrência das novas tecnologias e restrições em relação àquilo que inicialmente era considerado operação de compra e venda de mercadoria e passou a ser entendido como serviço, incidindo o ISSQN. Sobre a mutabilidade dos conceitos normativos tributários diante das inovações tecnológicas na economia, em especial aqueles definidos nas competências tributárias constitucionais, ver QUEIROZ, Liana Carine Fernandes de. *Elementos para a tributação na economia digital: um problema de mutação de conceitos constitucionais?* em BARRETO, Paulo de Ayres (coord.), PITMAN, Arthur leite da Cruz ... [et. al.]. *Estudos tributários sobre a economia digital*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2021.

modificações jamais podem ter o condão de surpreender abruptamente o cidadão e ferir as suas expectativas individuais oriundas e consolidadas pelo próprio Direito até então vigente e, portanto, legítimas.<sup>57</sup>

Deste modo, para que não ocorra a frustração destas expectativas em meio às mutações do ordenamento, deve ser preservada a estabilidade do sistema normativo. Esta pressupõe a ideia de permanência e durabilidade do ordenamento de um modo geral, bem como a proteção das situações individuais já consolidadas, seja por razões objetivas ou subjetivas. Portanto, sendo confiável, o Direito possui credibilidade.<sup>58</sup>

Além da cognoscibilidade e da confiabilidade, a segurança jurídica também visa a promover um ordenamento calculável.

A capacidade de antecipação dos conteúdos normativos para o fim de prever as consequências aplicáveis às condutas que se planeja praticar também não é absoluta.<sup>59</sup> Isso decorre da já mencionada indeterminação dúplice do Direito (equivocidade textual e vagueza normativa), o qual impescinde da interpretação jurídica para que do produto desta surja a norma ou se cristalize o seu sentido.<sup>60</sup> Assim, a ideia de previsibilidade absoluta do Direito dá lugar à sua calculabilidade.<sup>61</sup>

Esta exprime a alta capacidade de o indivíduo antecipar as possíveis consequências aplicáveis a dadas situações, as quais devem obedecer a um espectro limitado de possibilidades, não só em relação a quais sanções<sup>62</sup>, mas em que medida e em que espaço de tempo incidiriam. Em síntese, o cidadão comum deve ter condições de vislumbrar o feixe de possíveis comandos aplicáveis alternativamente a determinado ato ou fato, os seus prováveis limites e o período no qual seriam aplicados. Dessa forma, o sujeito de direitos possui o controle no presente das possíveis consequências futuras incidentes sobre atos que pratique ou almeje praticar.<sup>63</sup> A

---

<sup>57</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

<sup>58</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 270, 287, 367-371 e 735.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 143 e 270.

<sup>60</sup> Conforme autores e obras já citados e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 74-77.

<sup>61</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 143-144 e 270.

<sup>62</sup> Importante mencionar que o termo sanção não significa necessariamente uma pena ou punição, mas uma mera consequência à não observância de um comando normativo. As penas são espécies do gênero sanção, cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 44.

<sup>63</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 271, 287, 635-638 e 736.

calculabilidade, pois, está associada à ideia de continuidade do ordenamento, que pressupõe a suavidade e a raridade da sua modificação.<sup>64</sup>

Para que se compreenda melhor os ideais até aqui discorridos, é necessário analisar sinteticamente a maneira pela qual a segurança jurídica se manifesta no ordenamento e como visa a assegurar e promover o seu conteúdo. Ou seja, analisar-se-á brevemente as suas dimensões estática e dinâmica, de acordo com a classificação proposta pelo Professor Humberto Ávila<sup>65</sup>, adotada neste trabalho.

Na dimensão estática, examina-se o conteúdo do ordenamento jurídico, de modo que aquela está umbilicalmente vinculada à compreensibilidade deste. Aqui investiga-se as características que tornam o Direito um meio para a orientação de condutas e comportamentos aos seus destinatários.<sup>66</sup> A estaticidade não pode ser confundida com imobilidade, mas com a noção de estrutura. Isso porque o Direito deve ser cognoscível sempre, possuindo forte relação com o presente.<sup>67</sup> Nesse contexto, é imprescindível que se faça menção à função das Cortes Supremas que, pela via dos precedentes, buscam dirimir as controvérsias concernentes aos significados dos textos mediante atividade interpretativa, aumentando o grau de cognoscibilidade normativa. No Brasil, cabe ao Supremo Tribunal Federal a adscrição de sentido aos enunciados constitucionais, e ao Superior Tribunal de Justiça a outorga de sentido à legislação infraconstitucional.<sup>68</sup> Faz-se também menção às regras que dão publicidade aos atos emanados pelo Estado, que buscam efetivar a compreensibilidade do Direito por meio da comunicação.<sup>69</sup>

Já na dimensão dinâmica investiga-se a atuação da segurança jurídica no tempo. Ou seja, de que modo o Direito assegurará as expectativas legítimas dos cidadãos frente às mudanças, sem que haja a frustração dos seus direitos (confiabilidade), bem como possibilitar aos indivíduos que antecipem as possíveis alterações, o modo como adviriam e o momento em que isso poderia ocorrer (calculabilidade). Assim, deve-se proteger situações passadas na transição para o presente pela sua permanência e calcular aquilo que do presente será ou não afetado na transição para o futuro.<sup>70</sup> Note-se que para tanto, a cognoscibilidade deve servir de alicerce, pois não se pode proteger aquilo que não se conhece, nem calcular o advento de

---

<sup>64</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 367.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 307-316.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 317-318.

<sup>68</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 93-103.

<sup>69</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 317-321.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 366.

possíveis consequências vindouras. Todavia, não se descarta que esta relação de pressuposição entre estes estados é muitas vezes recíproca.<sup>71</sup> Por fim, se menciona no campo desta dimensão a regra da coisa julgada (proteção individual e objetiva), a exceção da modulação de efeitos (proteção geral e objetiva) e a da possibilidade de superação dos precedentes (proteção geral e subjetiva), pelas quais o Direito busca assegurar a sua confiabilidade e calculabilidade no tempo.<sup>72</sup>

Nesta dimensão também se insere a noção de efetividade jurídica. Esta não necessariamente está relacionada à obediência e observância das normas. Isso porque o indivíduo, ao ter o conhecimento da existência de uma regra e da sua não aplicação, por exemplo, pode planejar o seu futuro calculando justamente a ausência de consequências. Importa dizer que a eficácia da segurança jurídica não diz respeito necessariamente à observância do Direito, mas aos efeitos que produz no ordenamento ou às suas diferentes funções.<sup>73</sup> Assim, por efetividade entende-se que o ordenamento deve possuir mecanismos que assegurem a sua própria inviolabilidade.<sup>74</sup> Deste modo, a partir da existência de instrumentos de acesso à prestação jurisdicional e dos limites e requisitos desta, se pressupõe que, caso haja violação a um direito, esta não restará ignorada, sendo-lhe aplicada uma consequência.<sup>75</sup>

Para elucidar o até aqui exposto, utiliza-se o postulado hermenêutico da coerência substancial, mais especificamente a fundamentação por justificação recíproca normativa<sup>76</sup>: se uma nova lei institui um tributo, ela deve ser publicada para que seja cognoscível. Os fatos jurídicos que segundo a nova lei fazem nascer a obrigação tributária, se anteriores à sua vigência, não podem ser subsumidos à nova hipótese, visto que quando praticados confiava-se que constituíam verdadeira hipótese de não incidência tributária segundo o próprio Direito, ainda que implicitamente<sup>77</sup>. E antes que possa ser exigido o novo tributo, deve ser respeitada a regra da anterioridade, para que os contribuintes possam se antecipar às consequências da nova lei. No entanto, todas estas regras (legalidade, publicidade, irretroatividade e anterioridade) são passíveis de violação, o que acarretaria a não realização da tríade estabelecida pelo princípio da

<sup>71</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 310-311.

<sup>72</sup> *Ibidem*, cf. capítulo 2 da segunda parte: “Dimensão Dinâmica” (p. 364-678). No que toca à modulação de efeitos e à superação dos precedentes, também em MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 55 e seguintes.

<sup>73</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 626-628.

<sup>74</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 27-28.

<sup>75</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 628.

<sup>76</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 172-175.

<sup>77</sup> Se ocorrer o fato “W”, não pague nada ao Estado.

segurança jurídica. Deste modo, são necessários mecanismos de salvaguarda a tais direitos caso sejam violados, a exemplo do Mandado de Segurança.<sup>78-79</sup> Logo, pode-se dizer que há uma via de mão dupla na justificação destas regras com o princípio da segurança jurídica, visto que se pode formar um “percurso ascendente” e descendente de significação – e, portanto, circular – do mais geral (princípio) para o mais específico (regras que o densificam), e vice-versa.<sup>80</sup> E o mesmo deve ocorrer com a regra da coisa julgada e as exceções da superação para frente dos precedentes e da modulação de efeitos de decisão em controle de constitucionalidade.

Sendo assim, o conjunto das dimensões referidas promove um estado de respeitabilidade do indivíduo, com o intuito de promover a sua liberdade e autonomia, venerando-se a sua dignidade.<sup>81</sup> Aqui, importante mencionar o caráter instrumental da segurança jurídica, visto que, como princípio, o estado ideal de coisas que busca concretizar é na verdade a ferramenta para a promoção do seu fim: o respeito à capacidade do cidadão se autodeterminar livremente para que goze de uma vida digna.<sup>82</sup> A isso, somada a sua efetividade (segurança de realização), implica dizer que a segurança jurídica se configura como verdadeira “condição estruturante”<sup>83</sup> do ordenamento jurídico. Isto é, não há Direito sem segurança, a qual nunca poderá ser ignorada ou desconsiderada, pois é requisito tanto para a produção, quanto para a aplicação do ordenamento jurídico.<sup>84</sup>

Assim, sintetizando o exposto até então, pode-se dizer que a segurança jurídica como norma da espécie princípio busca promover e proteger a liberdade e a autonomia da pessoa humana por meio de um ordenamento sempre cognoscível (dimensão estática), confiável do passado para o presente e calculável do presente para o futuro (dimensão dinâmica). Para que seja seguro, deve o ordenamento também ser realizável, com a presença de mecanismos de proteção a eventuais violações.

Exposta de maneira geral e sintética a estrutura e a base de significação da segurança jurídica no ordenamento constitucional brasileiro, necessário avançar no presente trabalho para o fim de examinar a questão aqui estabelecida: o problema da correta identificação e aplicação

---

<sup>78</sup> O mandado de segurança é a garantia constitucional pela qual o cidadão busca a proteção de um direito líquido e certo, “cuja demonstração independe de prova”, caso seja violado por uma autoridade estatal ou esteja na iminência de ser, cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 488-489.

<sup>79</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, cf. capítulo 2 da segunda parte: “Dimensão Dinâmica”, p. 364-678.

<sup>80</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 175.

<sup>81</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 312.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 283-284.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 712.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 710-713.

dos institutos que visam a promover o princípio sob exame em todas as suas dimensões e aspectos. Em especial, quando ocorrem transmutações do passado para o presente, e deste ao futuro. Isso porque a segurança jurídica é tanto geral quanto individual, perpetuando-se no tempo. Assim, quando uma das suas formas de instrumentalização supostamente entra em confronto com outra, o que fazer?

Pode a modulação de efeitos ou a superação do precedente *pro futuro* afetar situação consolidada no passado por meio da coisa julgada? A correta conceituação, distinção e aplicação dos institutos referidos permitem que a resposta seja positiva?

Para responder a tais questionamentos, importante em um primeiro momento conceituar os aludidos mecanismos, para que depois se adentre especificamente no problema prático em busca de suas possíveis soluções.

## **2.2. Os mecanismos de proteção da segurança jurídica no tempo: a formação e a superação de precedentes, a modulação de efeitos e a coisa julgada**

Antes de adentrar especificamente nos mecanismos da superação dos precedentes – especialmente a prospectiva –, da modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e do limite à retroatividade das leis e dos atos jurisdicionais, importante que sejam traçadas algumas noções prévias, imprescindíveis à correta compreensão dos referidos institutos.

### 2.2.1. Noções prévias à distinção dos institutos

Conforme já demonstrado anteriormente, a noção cognitivista da norma como objeto e não como produto da atividade interpretativa foi gradualmente perdendo espaço para as teorias que, reconhecendo a indeterminação (dúvida) do Direito, seja pela equivocidade textual (conteúdo) ou pela vagueza (extensão), expõem a necessidade de adscrição ou escolha de sentidos aos enunciados prescritivos para que então se chegue à norma. Ou seja, o intérprete deixa de meramente declarar a norma preexistente, passando a (re)construí-la a partir de parâmetros racionais de argumentação e dos significados mínimos presentes nos textos.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51-55. Ver também: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65-68; GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409-410; Idem. *dalle fonti alle norme*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, p. 16-17; TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 61-64.

Tal evolução conceitual levou à inevitável mudança de panorama na atuação das “cortes judiciárias”, especialmente àquelas correspondentes ao “vértice da Justiça Civil”. Em uma concepção mais cognitivista-declaratória, são vistas como “Cortes Superiores”, isto é, aquelas encarregadas de controlar as decisões originárias apenas declarando o sentido preexistente às normas controvertidas, em busca de uniformizar a jurisprudência. Neste modelo de Cortes as razões despendidas pelos intérpretes não configuram fontes normativas. Já no modelo de “Cortes Supremas”, estas assumem o papel de outorgar sentido aos textos jurídicos, pela utilização de estruturas argumentativas que justifiquem a adoção ou reconstrução de determinado sentido ao objeto da interpretação, isto é, que embasem a decisão proferida.<sup>86</sup>

No Brasil, apesar da nomenclatura adotada para a Corte encarregada de interpretar a legislação federal (Superior Tribunal de Justiça), tanto esta última quanto o Supremo Tribunal Federal na seara constitucional configuram-se como verdadeiras Cortes Supremas<sup>87</sup>, isto é, assumem a função proativa (para além do caso concreto) de dar sentido e conseqüentemente unidade ao Direito. Isso porque dão o significado final ou a adequada interpretação - e não a correta - diante de uma pluralidade de sentidos oriundos da própria atividade interpretativa, orientando *pro futuro* a atuação das cortes inferiores e dos próprios sujeitos de direito.<sup>88</sup>

Assim, é preciso compreender o instrumento pelo qual as Cortes Supremas promovem a unidade do Direito: o precedente. E sendo este último tema da teoria geral do direito<sup>89</sup>, fundamental, pois, socorrer-se à doutrina do *common law*<sup>90</sup>, que possui maior experiência no trato da matéria, sem dispensar, contudo, a literatura pátria<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39-40.

<sup>87</sup> *Ibidem*, em nota de rodapé, p. 40. Em relação à classificação do STJ como Corte Suprema, menciona-se também a recente Emenda Constitucional nº 125 que acresceu os § 2º e § 3º ao art. 105 da Lei Maior para o fim de instituir o critério da relevância da questão federal para a admissibilidade do recurso especial, à semelhança do que ocorre com a repercussão geral no recurso extraordinário de competência do STF, *in* BRASIL. Constituição Federal (1988). *Emenda Constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022*.

<sup>88</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 79-80.

<sup>89</sup> Cf. MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 25.

<sup>90</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2012.

<sup>91</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodvim, 2015; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; *Idem*. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021; *Idem*. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O Direito costuma olhar para o passado em busca de soluções às suas controvérsias. Nesta linha, muitas vezes, ao invés de observar as melhores consequências ou aquilo que é mais justo ao se proferir uma decisão, é necessário se ater àquilo que já foi decidido e que se consolidou no passado, devendo, pois, viger no presente. Assim, existem duas perspectivas em que o tema dos precedentes deve ser encarado: a vertical, pela qual as cortes inferiores devem seguir o que já foi assentado pelas Cortes Supremas em virtude da autoridade que estas possuem sobre aquelas; e a horizontal, segundo a qual as próprias Cortes de Precedentes (Supremas) são obrigadas a seguir hoje o que decidiram ontem. E é essa ideia de se manter ao que já foi decidido que é expressa pela regra<sup>92</sup> do *stare decisis*, na perspectiva horizontal.<sup>93</sup>

Esta concepção, no entanto, foi recepcionada no ordenamento de modo ligeiramente diverso por parte da doutrina pátria.<sup>94</sup> A ideia de verticalidade também está vinculada à regra do *stare decisis*, pois este seria a expressão abreviada do latim, que na sua totalidade e literalidade significa “mantenha-se o que foi decidido e não se distorça a paz”.<sup>95</sup> Deste modo, poderia se falar não só em *stare decisis* na perspectiva horizontal, mas também na vertical. Cabe destacar também que a noção de vinculatividade vertical estaria não só atrelada à autoridade de uma Corte Suprema sobre outra inferior – o que denota uma mera hierarquia institucional –, mas à autoridade decorrente de uma hierarquia funcional. Isso porque são as Cortes Supremas as encarregadas de dar a última palavra acerca do significado outorgado aos textos controvertidos. Desta função interpretativa é que resultam as normas e estas é que são dotadas de autoridade. Ou seja, é a função atribuída às Cortes de Precedentes e o resultado da sua atuação que são dotados da autoridade vinculante sobre os Juízos e Tribunais *a quo* (*stare decisis* vertical), bem como sobre os seus próprios integrantes em uma situação futura (*stare decisis* horizontal).<sup>96</sup> Contudo, estas pequenas divergências não impactam na ideia da vinculatividade em ambas as perspectivas, configurando apenas maneiras diversas de conceituá-las.

Deste modo, tomando-as como base, pode-se afirmar que a noção elementar de precedente diz respeito à manutenção de soluções, destinadas a controvérsias jurídicas, já

---

<sup>92</sup> A doutrina nacional classifica o *stare decisis* como uma regra, o que denota o alto grau de vinculatividade dos precedentes: prescreve o comportamento obrigatório de se ater ao que já foi decidido, cf. ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodvim, 2015, p. 330 e ss., e MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 82.

<sup>93</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2012, p. 36-37.

<sup>94</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 82.

<sup>95</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, em rodapé, p. 82.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 85-86.

produzidas por Cortes Supremas anteriormente. Assim, a “*instant court*” deve aplicar ao “*instant case*” o “*precedent case*” formulado pela “*precedent court*”.<sup>97</sup>

E isso ocorre não porque o julgador do “caso atual” está convencido ou concorda com o decidido no “caso do precedente”, ou pelo fato de ter aprendido com este último. Argumentar ou fundamentar uma decisão a partir de um precedente significa se ater ao que já foi decidido não pela força persuasiva do precedente, mas pelo seu status. Seja pela sua autoridade vertical ou horizontal, o julgador do caso novo está obrigado a seguir o precedente, mesmo que não esteja convencido de que se configure a melhor solução.<sup>98</sup>

E tal concepção, apesar de “construtiva”<sup>99</sup>, está intrinsecamente ligada aos ideais já expostos do princípio da segurança jurídica, pois é mais seguro e confiável adotar uma solução passada e conhecida para que se possa calcular as consequências futuras de atos no presente, do que procurar uma nova que se pense ser a mais correta, conforme elucida a lição *in verbis*:

From the perspective of the constrained court, stare decisis brings the advantages of cognitive and decisional efficiency. (...). Especially in a court, (...), treating some matters as simply settled makes life easier for the court, just as it does for those who are expected to plan their lives and their activities around the decisions that courts make. (...). Stare decisis, (...), serves a range of values all having something to do with stability.<sup>100</sup>

Sendo, pois, as questões resolvidas pela vinculação vertical, se promove a isonomia: aplicar a todos os casos iguais ou muito semelhantes a mesma solução. Pela vinculação horizontal se protege a liberdade: os cidadãos são livres para agir e se planejar, pois confiam na estabilidade do que já foi decidido.<sup>101</sup>

Mas afinal, o que é que deve ser seguido? Em outros termos, o que constitui o precedente ou como se pode identificá-lo?

Para que sejam respondidas estas perguntas, não importa saber o que exatamente a Corte Suprema decidiu, mas o porquê de ter adotado, proposto ou (re)construído aquela solução interpretativa. É a fundamentação ou as razões despendidas pela Corte de Precedentes que

---

<sup>97</sup> Traduzindo em ordem: “Corte atual”, “caso atual”, “caso do precedente” e “Corte do precedente”, em SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2012, p. 38.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 37-41.

<sup>99</sup> Tradução para “*conterintuitive*”, em Ibidem, p. 41.

<sup>100</sup> Traduzindo: “Na perspectiva da corte vinculada, stare decisis traz as vantagens da eficiência cognitiva e decisória. (...). Especialmente em uma corte, (...), tratar assuntos simplesmente como resolvidos torna mais fácil a vida da corte, bem como para aqueles que devem planejar suas vidas e suas atividades em torno das decisões que as cortes proferem. (...). Stare decisis, (...), serve a uma gama de valores, todos tendo alguma relação com estabilidade.”. Ibidem, p. 43, grifos no original.

<sup>101</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 82.

vinculam os julgamentos pendentes ou posteriores.<sup>102</sup> No entanto, não são quaisquer razões: são apenas aquelas “necessárias e suficientes” à adoção daquela solução por uma Corte Suprema<sup>103</sup>, compartilhadas pela maioria ou unanimidade de seus integrantes<sup>104</sup>, devendo ser generalizadas para que possam servir de orientação para o futuro e dar unidade ao Direito.<sup>105</sup> A ideia de generalização diz respeito à própria natureza de uma razão, a qual é mais geral e abstrata que o fim específico para o qual serviu de justificação.<sup>106</sup> Tais razões são denominadas de *ratio decidendi*.<sup>107</sup> Não se pode ignorar, contudo, que mesmo que o precedente seja identificado a partir das razões despendidas por uma Corte Suprema, estas devem estar devidamente contextualizadas e delimitadas a partir “...de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos...”.<sup>108</sup> E por isso se diz que o conceito de precedente é qualitativo (as razões devem ser aquelas imprescindíveis e que bastam<sup>109</sup>), funcional (vinculado à função das Cortes Supremas) e material (depende de um contexto fático).<sup>110</sup>

Deste modo, tudo aquilo que é desnecessário e insuficiente à solução da controvérsia estabelecida em um “*leading case*”<sup>111</sup> e que não compõe a sua contextualização fática é

---

<sup>102</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2012, p. 50.

<sup>103</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 89-90.

<sup>104</sup> A questão da identificação da *ratio decidendi* possui maior pertinência no Direito Inglês do que no norte-americano, já que para estes últimos o entendimento exarado pela corte é uno. Logo, a *holding* (Estados Unidos) é mais fácil de identificar do que a *ratio decidendi* (Grã-Bretanha), apesar de ambos os conceitos possuírem uma proximidade muito grande no que toca à noção de vinculatividade, cujas nuances se devem às tradições histórico-culturais de cada localidade, bem como à organização do sistema de justiça. A *ratio decidendi* exige a identificação das razões lançadas por cada um dos integrantes da corte. Assim, “...se o julgador A decide a favor do demandante pelas razões x, y e z, o julgador B decide também em favor do requerente pelas razões p, q e x e o julgador C dissente em prol do demandado, então a *ratio decidendi* é x, a razão (e a única razão) compartilhada pela maioria dos juízes.”. Tradução de SCHAUER, Frederick. *Op. cit.*, em rodapé, p. 53. No Brasil, o conceito de *ratio decidendi* obteve maior adesão, como se observa nas obras referidas na nota de rodapé nº 91.

<sup>105</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 31.

<sup>106</sup> “A ideia básica é que o que faz de uma razão uma razão é mais geral do que o propósito a que ela serve. Quando eu digo que vou à academia regularmente, porque isso me ajuda a perder peso, estou dizendo que algo que me ajude a emagrecer é uma razão para qualquer ação (ainda que não necessariamente uma conclusiva), e não apenas para a minha ida à academia em uma ocasião particular.”. Tradução de SCHAUER, Frederick. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>108</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 91.

<sup>109</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239-241.

<sup>110</sup> MITIDIERO, Daniel, em: *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90-92 e *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 32-34.

<sup>111</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodvim, 2015, p. 334, referindo-se à noção do caso que lidera, o caso paradigma.

chamado de *obter dicta*, que em sua literalidade significa “ditos de passagem”, os quais não possuem o condão de fundamentar o que foi estabelecido pela corte.<sup>112</sup>

Brevemente conceituado, importante destacar que a formação do precedente se dá quando da generalização das razões que compõem a *ratio decidendi*. Ou seja, antes disso, enquanto ainda persistir a controvérsia acerca de qual é o significado atribuível ao texto dotado de autoridade jurídica, não há precedente.<sup>113</sup>

Aqui é importante destacar a particularidade do sistema brasileiro de precedentes, os quais são formados a partir da atividade de duas Cortes Supremas distintas. Frise-se, o Superior Tribunal de Justiça, incumbido da interpretação da legislação federal, e o Supremo Tribunal Federal, da Constituição. Quando o texto infraconstitucional é interpretado pelo STJ utilizando a Constituição como baliza, há a chamada zona de penumbra. Como a interpretação da Magna Carta cabe ao STF, até que isto ocorra, mesmo que haja precedente do STJ formado, a controvérsia estabelecida deve ser objeto de apreciação pelo Supremo nos termos do art. 1.032 do CPC<sup>114</sup> para que não haja a supressão da sua competência e este dê, então, a última palavra acerca do significado constitucional em voga. Até que isso ocorra, a orientação formada pelo STJ não constitui base de confiança justificadora de atos e práticas no mundo dos fatos<sup>115</sup>, como se verá logo mais.

Formado o precedente, a sua eficácia é, por excelência, retroativa. Com isso, este é aplicado a todos os fatos anteriores e aos casos pendentes, ressalvados, pois, aqueles já albergados pela proteção da coisa julgada<sup>116</sup>, o que também será aprofundado na sequência.

Mais importante agora é diferenciar o conceito de precedente, já explanado, com o de jurisprudência, súmula, temas, teses e, especialmente, de decisão. Isso porque o Poder Legislativo, quando da redação do CPC<sup>117</sup>, enxergou na doutrina dos precedentes uma

<sup>112</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2012, p. 55-56; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90-91.

<sup>113</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 43.

<sup>114</sup> “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.”. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 1.032 e § único).

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 87-89.

<sup>116</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 43-44.

<sup>117</sup> Apenas ressalva-se que no art. 489, §1º, V e VI, do diploma processual vigente é possível perceber um emprego correto dos conceitos pelo legislador ao se referir no primeiro inciso aos “fundamentos determinantes”, bem como

oportunidade para a resolução do problema do excesso de litigiosidade existente no país, isto é, como uma possibilidade de gestão de casos repetitivos, em detrimento da adequada divisão do sistema de Justiça Civil a partir da distinção da atividade das Cortes de Justiça e dos Juízes de piso com aquela realizada pelas Cortes Supremas<sup>118</sup>. Assim, a noção de precedente ficou atrelada não à sua substância (vinculatividade vertical e horizontal e *ratio decidendi*), mas à sua forma, ocasionando uma confusão de definições de modo que os precedentes se situariam em um degrau intermediário de uma escada que vai das decisões às teses e súmulas. A distinção, no entanto, está no conteúdo dos institutos.<sup>119</sup>

A decisão é um comando particularizado proferido no caso concreto para a solução de uma controvérsia, estando situada, pois, no plano da aplicação das normas, e não da interpretação das quais resultam. Por este motivo costuma se localizar na parte dispositiva de sentenças e acórdãos. Logo, por estar vinculada às peculiaridades do caso, uma mera “vírgula” pode diferenciá-la das demais. Deste modo, verifica-se que o art. 927, I, do CPC<sup>120</sup> confunde o efeito vinculante dos precedentes (*stare decisis* vertical e horizontal) com aquele relativo às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade (*erga omnes*). E esta mesma confusão se reflete no § 3º<sup>121</sup> do mesmo artigo, já que, em linhas gerais, confunde um mecanismo aplicável às decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade *lato*

---

no segundo ao utilizar os termos “distinção” e “superação”, em BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 489, §1º, V e VI.

<sup>118</sup> Com isso não se quer dizer que o julgador de primeira e segunda instância não realizam atividade interpretativa, inevitável em razão da dissociação entre texto e norma, o que se verifica no fato de o Brasil ter adotado o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Isto é, “(...) o juiz, por ser um intérprete da lei, tem o dever de recusar aplicação à lei que estiver em desconformidade com a Constituição. (...)”, seja de ofício ou a requerimento da parte, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 18-19. No entanto, as razões suficientes e determinantes para realizar o referido controle não possuirão efeito vinculante sobre o próprio ou demais julgadores. Isso porque conforme a posição aqui adotada, um sistema de Justiça Civil ideal, que apregoe a economia processual e a racionalidade de suas estruturas, é aquele no qual existam cortes encarregadas de proferir uma decisão justa (tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva) e aquelas incumbidas de outorgar sentido ao Direito, promovendo a sua unidade, cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36-39. Sobre a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 279-294.

<sup>119</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 89-99.

<sup>120</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (...).” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 927, I).

<sup>121</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 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.” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 927, §3º).

*sensu* (modulação de efeitos) com a técnica destinada à verificação de desgaste ou equívoco de um precedente (superação).<sup>122</sup>

A jurisprudência é a reiteração de julgados das Cortes de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais no sistema nacional, conforme a Constituição Federal) que interpretam o Direito em um mesmo ou muito semelhante sentido, sem qualquer efeito vinculante. É preciso que seja diferenciada de jurisprudência uniforme, a qual é atrelada à sua forma, composta de apenas um julgado independente de reiteração, e é obrigatória.<sup>123</sup> Naturalmente, se observa novo equívoco, pois o referido texto normativo, ao atribuir vinculatidade a “... acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas...”<sup>124</sup>, não aludiu às razões necessárias e suficientes compartilhadas pelo órgão colegiado para a formação da jurisprudência, de modo que mesmo possuindo observância obrigatória nos termos literais do artigo, não constituiria precedente. Em comum há o fato de que ambas são oriundas da atividade das Cortes de Justiça, as quais não formam precedentes.<sup>125</sup>

Já os temas, as teses e as súmulas, apesar de possuírem forte ligação com os precedentes a que se referem, não se confundem com estes. Os primeiros são uma forma de ordenar questões que se encontram ou já foram apreciadas pelas Cortes de Precedentes, sendo as teses as respostas endereçadas a tais discussões. Por sua vez, as súmulas são verdadeiros resumos ou extratos dos precedentes. Constituem o seu retrato simples e objetivo, de modo que devem conter a síntese das razões do precedente que visem a retratar, sem ignorar o seu contexto fático-jurídico.<sup>126</sup> O que se pode dizer de todas é que se o precedente é uma abstração de uma controvérsia singular para que se possa outorgar sentido ao direito controvertido com a pretensão de universalização para fins de orientação e unidade da ordem jurídica, pode-se concluir que as súmulas, as teses e os temas são abstrações de abstrações. E o equívoco do CPC, aqui, é não diferenciar precisamente o nível do discurso em que se localizam, pois o que vincula são os precedentes, e não os seus extratos (súmulas), suas respostas (teses) e muito menos os seus índices (temas).<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 34-35.

<sup>123</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 927, III).

<sup>124</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>125</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 94.

<sup>126</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 36.

<sup>127</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 89-99.

Diferenciados todos estes conceitos<sup>128</sup>, é importante compreender que a vinculação dos precedentes, seja ela vertical ou horizontal, não é absoluta. Com isso, o juízo inferior pode se desvincular da autoridade do precedente, caso realize o *distinguish* (distinção). Isto é, sob um forte ônus argumentativo, o julgador de piso e o desembargador de uma Corte de Justiça podem verificar que a norma estabelecida a partir do precedente não se aplica ao novo caso, por conta de fato ou circunstância alheia ao que foi anteriormente estabelecido, devendo ser exaustivamente demonstrado que realmente não foi levada em consideração no momento da formação da *ratio decidendi* vinculante.<sup>129-130</sup>

Na realidade, pode-se dizer que apenas o *stare decisis* horizontal não é absoluto, pois quando se realiza a distinção, somente é verificado que o caso atual se situa fora do âmbito de incidência do caso paradigma.<sup>131</sup> Em uma outra linha, sustenta-se que a regra que vincula as cortes inferiores aos precedentes daquelas Supremas já comporta a possibilidade de distinção, isto é, “... *it would be more accurate to say that a binding precedent obliges a lower court to follow it or distinguish it from the instant case. (...)*”<sup>132</sup>, não havendo se falar em sua relativização ou ausência de autoridade do precedente nestes casos.<sup>133</sup>

No entanto, deve-se ir adiante e tratar de tema mais relevante para o deslinde deste estudo, relacionado à desvinculação da horizontalidade do precedente pelas Cortes Supremas, nas hipóteses do *overruling* (superação total) e do *overturning* (superação parcial).

### 2.2.2. A superação dos precedentes: formas, requisitos e efeitos

---

<sup>128</sup> Tudo conforme MITIDIERO, Daniel, em: *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 30-42; e Idem. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 89-99.

<sup>129</sup> Sobre a referida técnica, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 321-327.

<sup>130</sup> Por vezes, na prática das Cortes Supremas nacionais pode se verificar a técnica do *distinguish* ou do *overriding*. Diante disso, algumas questões se colocam: ao se verificar a presença de um fato ou circunstância nova que tornem o caso atual diverso do caso precedente, não se estaria restringindo o seu âmbito de incidência? Estaria, pois, a Corte realizando um *distinguish* ou *overriding*? A diferença entre as duas técnicas estaria atrelada às diferentes funções atribuídas às cortes judiciais ou referentes às suas próprias definições? E como é possível diferenciar as técnicas referidas de uma argumentação particularista? Estas perguntas, no entanto, não serão respondidas no presente trabalho. Recomenda-se, pois, acerca das técnicas do *distinguish* e do *overriding*, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 354-390. Sobre o particularismo interpretativo, ver ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 44-56.

<sup>131</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 102.

<sup>132</sup> Traduzindo: “... seria mais certo afirmar que um precedente vinculante obriga a corte inferior a segui-lo ou distingui-lo do caso atual. (...)”, cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2012, p. 58.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 57-58.

Como dito, a vinculação horizontal do precedente é aquela passível de ser afastada quando em comparação com a vertical. Ou seja, mesmo quando a Corte identifique que o caso precedente incida sobre o atual, pode haver a rejeição da aplicação do primeiro sobre o segundo.<sup>134</sup> Quando isso ocorre, há a chamada superação do precedente. Sendo total, tem-se o *overruling*. Se parcial, o *overturning*, o qual pode ser de dois tipos: o *overriding* (reescrita) e a *transformation* (transformação).<sup>135</sup>

A superação total do precedente pode ocorrer em duas hipóteses: no caso de seu notório equívoco; e quando este deixa de possuir coerência normativa<sup>136</sup> ou sua congruência social se desgasta. Já a parcial pode ocorrer quando a Corte Suprema decide levar em consideração aspectos fático-jurídicos tidos por irrelevantes quando da formação anterior do precedente, transformando-o. Pode também reescrevê-lo para redefinir o seu âmbito de incidência, normalmente para restringi-lo.<sup>137</sup> Importa destacar que em todas estas situações e em especial na da superação integral, assim como nos casos de *distinguish*, a Corte Suprema também resta incumbida de um forte ônus argumentativo para que haja a superação, devendo existir “relevantes razões” para tanto, que atendam à “necessidade de enriquecimento da ordem jurídica”.<sup>138</sup>

Diante disso, é imprescindível que existam requisitos para que possa ocorrer, sendo eles tanto de natureza material, quanto processual. Pelos primeiros, para que haja a superação do precedente, é necessário que o equívoco seja evidente “... e o desgaste irreconciliável”<sup>139</sup>, de modo que “... os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* (segurança jurídica,

---

<sup>134</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2012, p. 59.

<sup>135</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 103.

<sup>136</sup> A coerência aqui deve ser entendida como um critério ou baliza para a superação total de um precedente, isto é, como um postulado hermenêutico. Assim, há dois modos de se verificar o referido desgaste: pela afinidade normativa do precedente e pela sua dependência recíproca. A primeira se dará pela “recondutibilidade” do precedente àquelas normas axiologicamente superiores, isto é, de cunho mais geral e abstrato (princípios). Se for observado que os princípios a que foi reconduzido não constituem mais o seu “significado fundante”, este deve ser integralmente superado. Do mesmo modo, pode ocorrer o *overruling* se for verificado que os elementos da *ratio decidendi* não possuem “fundamentação recíproca” com o ordenamento jurídico, ou seja, não há circularidade entre o Direito vigente e o que compõe o precedente se este não pode mais ser tido como condição fática, conceitual e argumentativa para outras normas, e vice-versa. Sobre o postulado da coerência, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 172-175. Sobre a sua aplicação à superação dos precedentes, MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 58.

<sup>137</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 55-57.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 55 e p. 57.

<sup>139</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 57.

liberdade e igualdade) deixam de autorizar a sua replicabilidade.”<sup>140</sup>. O desgaste, como já mencionado, está atrelado à coerência substancial e à congruência social do precedente, de modo que este se torne incapaz de fornecer soluções às inovações sociais.<sup>141</sup>

Em relação à congruência social, explica-se: Se um precedente “X”, ante a necessidade de resolver um problema de indeterminação do Direito atribuía ao texto “mercadoria” a condição de sua corporeidade, a evolução científico-tecnológica da sociedade fez com que bens antes tangíveis se tornassem intangíveis. A exemplo, um jogo de videogame (software) que antes era vendido em um disco compacto passou a ser comercializado sem qualquer suporte físico na rede mundial de computadores. No entanto, não seria a mesma mercadoria, sobre cuja circulação deve incidir o ICMS? Pelo critério do precedente até então vigente, não. Diante deste cenário, não seria um outro critério mais adequado? Ou se enquadraria, talvez, como serviço de uso e licenciamento, incidindo, pois, o ISSQN? Sem pretensão de responder precisamente a estas perguntas<sup>142</sup>, pode-se concluir uma coisa desde logo: o precedente “X” não responde mais aos novos “fatos sociais”<sup>143</sup>, tornando-se evidente neste caso não o seu equívoco, mas o seu desgaste. E se a partir da segurança jurídica o Direito deve ser sempre cognoscível, é necessário que o precedente venha a ser superado (parcial ou totalmente), sem, contudo, vilipendiar a confiança que nele foi até então depositada.

O essencial é que o desgaste ou o equívoco sejam muito mais do que uma crença da Corte Suprema, podendo haver a superação do precedente somente se verificados de maneira muito precisa os referidos requisitos. Do contrário, se pudesse uma Corte Suprema superar os seus precedentes com base em meras opiniões, crenças e achismos, a regra do *stare decisis* perderia a sua razão de ser.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> ALMEIDA, Luciana Robles de. *Modulação de efeitos de precedentes? Conceitos e distinções*. Revista de Processo. vol. 322. ano 46. p. 377-400, p. 378 (p. 2 da versão impressa). São Paulo: Ed. RT, dezembro 2021. Disponível em: <http://revistadotribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql& marg=DTR-2021-47632>. Acesso em: 09.09.2022.

<sup>141</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 57-58.

<sup>142</sup> Para o que se recomenda: ECHEVARRIA, Luís Antonio Nocito. *A tributação da mercadoria digital e do software no ordenamento jurídico brasileiro*, in BARRETO, Paulo de Ayres (coord.), PITMAN, Arthur leite da Cruz ... [et. al.]. *Estudos tributários sobre a economia digital*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2021. Sobre o tema, ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.576/SP. Requerente: Confederação Nacional de Serviços – CNS. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 3 ago. 2021, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757197027>.

<sup>143</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 58.

<sup>144</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2012, p. 59-60.

Os requisitos processuais para a superação estão relacionados especialmente ao efetivo contraditório e ao dever fundamentação adequada e específica das razões materiais que levaram à superação, sempre no intuito de proteção à segurança jurídica. Aqui é importante mencionar também que apenas a própria Corte Suprema que formou o precedente possui a competência para superá-lo. Assim, apenas o Superior Tribunal de Justiça pode realizar a superação dos seus precedentes referentes à interpretação da legislação federal, e o Supremo Tribunal Federal realizar a superação dos seus precedentes em âmbito constitucional. Fora disso, não cabe falar em superação de precedente por Cortes de Justiça ou juízes de primeira instância, mas apenas em *distinguish*, como já referido.<sup>145</sup>

Adotando um enfoque à questão da superação total, passa-se a analisar os seus efeitos no tempo, em especial quando estes são prospectivos.

Inicialmente, destaca-se que a superação do precedente pode ter eficácia retroativa. Assim, quando excepcionalmente superado a regra é a de que seus efeitos sejam retroativos e a exceção de que sejam prospectivos.<sup>146</sup> Superar retroativamente um precedente seria atribuir efeitos *ex tunc* à sua alteração, aplicando-se o novo precedente aos fatos anteriores à alteração, ou seja, a todos os casos pendentes de julgamento definitivo, assim entendidos aqueles ainda não protegidos pela coisa julgada. Como se verá em seguida, esta é o limite à retroatividade dos precedentes, sejam eles formados ou superados.<sup>147</sup>

Indo adiante, é necessário destacar que há situações nas quais a retroação do novo precedente pode ferir a segurança jurídica, mesmo que permaneça incólume a coisa julgada. Isso porque durante o período no qual vigorou, depositou-se confiança naquilo que se conhecia. Isto é, o precedente clarificou o direito até então controvertido, momento em que foi depositada confiança na regra ali formulada e, conseqüentemente, na sua autoridade, calculando-se as conseqüências que adviriam a partir da prática de certos atos da vida civil. Nestes casos, verificados uma série de requisitos a fim de se evitar a surpresa injusta, especialmente relativos

---

<sup>145</sup> Tudo cf. MITIDIERO, Daniel, *in: Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 58-59, e *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 104-105.

<sup>146</sup> ALMEIDA, Luciana Robles de. *Modulação de efeitos de precedentes? Conceitos e distinções*. Revista de Processo. vol. 322. ano 46. p. 377-400. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2021. Disponível em: <http://revistadotribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-47632>. Acesso em: 09.09.2022.

<sup>147</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 61-62.

à confiabilidade do precedente, é possível superá-lo para frente, motivo pelo qual tal possibilidade é considerada uma exceção da exceção.<sup>148</sup>

É importante destacar que o princípio da proteção da confiança diz respeito a uma dimensão individual e subjetiva do princípio da segurança jurídica, este de natureza objetiva e geral, constituindo o primeiro uma representação da eficácia reflexiva do segundo. Para que ambos estejam em perfeita harmonia, sem que seja comprometido o individual em prol do geral, o subjetivo em detrimento do objetivo, e vice-versa, deve-se observar sequencialmente os requisitos de configuração da confiança depositada na validade do ato do Poder Público para que haja a proteção daquela, que são: a base de confiança; a confiança colocada nesta base; o exercício da confiança; e a frustração posterior do exercício por novo ato praticado pelo Estado em orientação diversa.<sup>149</sup>

No que toca ao primeiro requisito, este pode ser traduzido naquilo que serviu de fundamento para a ação ou inação do indivíduo. E para que isso possa ocorrer, a base de confiança deve ser conhecida, e o seu discernimento provado. O que a caracteriza, portanto, é a sua capacidade de servir de justificação ao exercício de direitos e garantias individuais, em especial os direitos de propriedade e liberdade. É claro que em se tratando de atos emanados pelo Poder Público em sentido amplo, existem diversas bases com variados "níveis de aptidão" para tanto, o que consequentemente acarreta graus maiores ou menores de confiabilidade conforme as bases adotadas.<sup>150</sup> Há critérios de aferição de existência de bases e do nível de confiança que estas exalam<sup>151</sup>, o que não será pormenorizado neste trabalho.

Ainda assim, é necessário destacar que os precedentes formados pelas Cortes Supremas constituem bases de confiança com um elevadíssimo nível de confiabilidade normativa. Quanto a isto, não há controvérsia.<sup>152</sup> Parte da doutrina, contudo, entende que a "jurisprudência firme" das Cortes de Justiça configura base de confiança ensejadora de proteção quando da sua

<sup>148</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 62-67; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 421-426.

<sup>149</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 386-393.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 393-400

<sup>151</sup> Para aprofundamento: *Ibidem*, p. 400-425.

<sup>152</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação [livro eletrônico]: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-9.1, disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F205737881%2Fv2.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=736c849e88054dbb92ed77fba33cc619&eat=%5Bereid%3D%22736c849e88054dbb92ed77fba33cc619%22%5D&pg=1&ppl=p&nvgS=false>; MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 65-66.

alteração, isto é, basta que seja bruscamente alterado o entendimento consolidado dos Tribunais de 2ª instância para que haja a "modulação".<sup>153</sup>

Adota-se, entretanto, posicionamento segundo o qual apenas os precedentes do STF e do STJ constituem base de confiança passíveis de serem protegidas pela técnica do *prospective overruling* (superação para frente). Em primeiro lugar, conforme já explicado, porque quando se fala em superação, está-se referindo aos precedentes. Estes, situados no plano da interpretação do Direito, servem de significado último às controvérsias concernentes à legislação federal e constitucional, o que somente ocorre mediante a atividade das Cortes Supremas. As Cortes de Justiça, ainda que realizem atividade interpretativa, não dão o sentido final ao direito controvertido, motivo pelo qual não formam precedentes. Em segundo lugar, pelo fato de que apenas estes últimos podem servir de objeto à sua própria superação, pelas respectivas Cortes que os formaram. No que toca à prova do conhecimento da base de confiança ressalta-se que no caso dos precedentes resta dispensada, tendo em vista que aqueles constituem verdadeiras fontes normativas oriundas da atividade interpretativa e, como é próprio destas, devem ser publicadas (art. 1.040, *caput*, do CPC/2015<sup>154</sup>) para que sirvam de instrumento de orientação.<sup>155</sup>

Assim, percebe-se que a confiança depositada na base alude à cognoscibilidade desta última. Isto é, a fim de que sirvam de fundamento para práticas da vida civil, os atos do Poder Público devem ser válidos e vigentes, capazes de produzir efeitos e orientar a conduta dos indivíduos. A confiança também possui diferentes graus de intensidade, medida por critérios semelhantes aos das suas bases, os quais diminuem conforme a fragilidade da legitimidade do ato e da sua tendência à mudança, aumentando de acordo com o seu grau de vinculatividade e de individualidade.<sup>156</sup> Como dito, no caso dos precedentes, estes são legítimos e vinculantes

---

<sup>153</sup> Como observa Teresa Arruda Alvim "... a pauta de conduta, que gera confiança no jurisdicionado, pode resultar de decisões iterativas de outros tribunais que não o STF e que, quando este tribunal decide a questão pela primeira vez, se decidir de modo contrário àquele que estava, até então, orientando o agir do jurisdicionado, deve haver modulação.", in ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação [livro eletrônico]*: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-9.1, disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F205737881%2Fv2.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=736c849e88054dbb92ed77fba33cc619&eat=%5Bereid%3D%22736c849e88054dbb92ed77fba33cc619%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false>.

Pela leitura da referida obra e do trecho dela extirpado, percebe-se que a autora adota a terminologia empregada pelo CPC/2015, falando em modulação ao invés de superação. Entende, inclusive, que independente da redação dada ao § 3º do art. 927 do diploma processual vigente, permite-se falar em "modulação dos efeitos de alteração da jurisprudência (...) mesmo não havendo texto legal dispendo expressamente a respeito.", in *Ibidem*, p. RB-3.1.

<sup>154</sup> "Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: (...)" (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 1.040, *caput*).

<sup>155</sup> Tudo conforme MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 65-66.

<sup>156</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 425.

(elevado grau de confiança), tornando-se cognoscíveis pela sua publicação, momento a partir do qual, exposta a base, deposita-se nela a confiança subjetiva.<sup>157</sup>

A partir disso, a confiança deve ser posta em prática. Ou seja, para que haja a sua proteção, o cidadão, conhecendo uma base e nela confiando, exerce a sua liberdade pela prática de atos de variada natureza.<sup>158</sup> Em outros termos, "... há a prática de atos concretos em razão do precedente superado. Quanto mais dispendiosos, duradouros e de difícil reversão os atos praticados, maior a proteção que deve ser dispensada."<sup>159</sup>

Por fim, é necessário que a base na qual a confiança foi depositada e exercida seja alterada ou revogada por novo ato do Poder Público, em sentido contrário, frustrando-se, assim, a confiança.<sup>160</sup> Deste modo, pode-se dizer que há frustração da confiança na superação de um precedente quando a aplicação do novo possua resultado muito mais grave e diverso daquele calculado quando da prática de atos com base no anterior.<sup>161</sup>

E tudo isso porque a alteração do precedente não pode negar os seus pilares: o dever de evitar surpresas injustas para que promova – e não viole – a livre capacidade de autodeterminação e a isonomia entre os indivíduos. E isso pressupõe a ideia de continuidade, ou seja, de suavidade na mudança, de modo que a superação do precedente com efeitos prospectivos não se apresenta como a única técnica existente.<sup>162</sup>

Menciona-se, pois, o instituto do "julgamento-alerta", preconizado pelo Professor Antonio do Passo Cabral com base no Direito estrangeiro – em especial o alemão –, muito fundado na ideia da segurança jurídica como continuidade. Com isso, se quer dizer que não se pode negar o devir no Direito, devendo-se buscar modos de suavizá-lo. Dito de outro modo, a ideia de "segurança-continuidade" se situaria no meio-campo de um estado de tensão entre a petrificação de normas e conteúdos jurídicos, em contraposição à sua constante modificabilidade, estabelecendo, pois, uma "margem permitida de alterabilidade".<sup>163</sup>

Atrelada a esta ideia de segurança como continuidade (e não imutabilidade) está a proteção da confiança, já retratada, que deve ser estendida aos atos jurisdicionais. Novamente,

---

<sup>157</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 66.

<sup>158</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 426.

<sup>159</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 66.

<sup>160</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 429.

<sup>161</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 66.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 63-64.

<sup>163</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *A Técnica do Julgamento Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nº 221. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em 09.09.2022. P. 5 da versão impressa.

aponta-se posicionamento diverso do adotado nesta monografia, segundo o qual não só os precedentes formados pelas Cortes Supremas constituem base de confiança ensejadores de proteção, mas também a jurisprudência consolidada, pois esta, ainda que em menor medida, também influencia comportamentos humanos em razão do seu conteúdo estável, sendo isto de maior importância do que a posição hierárquica de uma corte julgadora.<sup>164\_165</sup>

Em apertada síntese, a referida técnica consiste no explícito alerta por uma Corte Suprema ou Tribunal de uma possível alteração de entendimento até então consolidado. Até o momento deste julgamento-alerta, consideram-se protegidos os atos praticados conforme o entendimento posto em xeque (base, confiança e exercício), instante a partir do qual este deixa de constituir base de confiança para as práticas dos indivíduos, de modo que durante o período intermediário, antes de efetivamente superado (ou não) o entendimento, não se poderá alegar a frustração da confiança. Trata-se, pois, de técnica preventiva, porque busca evitar a surpresa injusta, não ocorrendo a frustração da confiança em caso de alteração.<sup>166</sup>

Esta técnica, contudo, como o próprio autor reconhece, é alvo de algumas críticas. Em especial, menciona-se o fato de que o julgamento-alerta, por não vincular a respectiva Corte quando do julgamento definitivo acerca da alteração ou não da jurisprudência consolidada, pode resultar em mera especulação.<sup>167</sup>

Ou seja, na hipótese de um precedente que por suas razões determine o recolhimento de um tributo, havendo a sinalização de alteração mediante um julgamento-alerta, o contribuinte poderia deixar de praticar atos em conformidade com aquelas razões (deixar de recolher o tributo). Naturalmente, o Fisco buscaria autuá-lo de igual forma, com base no entendimento até então vigente (anterior ao julgamento-alerta). Assim, o contribuinte estaria apostando na mudança, ao contrário do Fisco, que apostaria na manutenção da orientação. Ato contínuo, a Corte mantém o entendimento que determinava a incidência do referido tributo, de modo que se questiona: houve realmente a proteção da confiança e da segurança jurídica nesta situação?

---

<sup>164</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *A Técnica do Julgamento Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nº 221. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em 09-09-2022.

<sup>165</sup> Importante mencionar que o artigo foi escrito e publicado no ano de 2013, antes das inovações do CPC vigente. O autor menciona, por exemplo, a superada ideia de persuasividade, e não vinculatividade dos precedentes, *in* Ibidem. Já o posicionamento adotado nesta monografia é o de que a função exercida pelas Cortes Supremas em relação às outras, e não a sua posição hierárquica, é que define os precedentes formulados por aquelas como base de confiança passível de proteção, cf. MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 65-66.

<sup>166</sup> Tudo cf. CABRAL, Antonio do Passo. *A Técnica do Julgamento Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nº 221. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em 09.09.2022.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 8-9 da versão impressa.

Se a referida técnica não serviu de base de confiança, mas "base especulativa", do que adiantou a sua utilização? Neste caso, se nada tivesse sido feito em termos de alerta, o tributo seria recolhido e nenhuma expectativa frustrada.

Como outras técnicas preventivas, destaca-se no *common law* o *anticipatory overruling* (antecipação da superação total) que, em síntese, ocorre quando uma Corte de Justiça indica que um precedente de uma Corte Suprema será superado e por isto deixa de aplicá-lo. Ainda que deva ser encarada com muita cautela para que não seja violado o *stare decisis*, sendo também alvo de críticas por este motivo, esta técnica pode vir a ser muito útil. Há também o *signaling* (sinalização), no qual o Tribunal entende estar equivocado o precedente aplicável ao caso, no entanto não o revoga ou deixa de aplicá-lo por conta da confiança nele depositada e da segurança jurídica, apenas apontando o seu equívoco e provável revogação.<sup>168</sup>

Diante das críticas, entende-se que as técnicas reparatórias da confiança, como o *prospective overruling*, desde que respeitados todos os seus requisitos e aplicadas excepcionalmente, servem melhor à promoção do princípio da proteção da confiança e por corolário do princípio da segurança jurídica. Ressalte-se, no entanto, que as técnicas preventivas não devem ser descartadas e podem, inclusive, ser de grande utilidade, servindo ao seu propósito, mas apenas se aplicadas em situações específicas e de modo a verificar se realmente ocasionariam uma maior proteção à confiança e à segurança jurídica<sup>169</sup>, como se observará no decorrer desta monografia.

Feito este adendo e retomando a análise concernente à superação para frente, a partir das considerações até aqui discorridas, afere-se que para que haja a superação com efeitos prospectivos do precedente ou a "irretroatividade dos efeitos do *overruling*"<sup>170</sup>, é necessário que aquele se contraponha à outra solução diacronicamente contrária (posterior), cuja retroação seria mais gravosa por violar o exercício da confiança depositada na base até então vigente, surpreendendo o cidadão ou jurisdicionado diante da mudança e frustrando, por conseguinte, a sua confiança.<sup>171</sup>

No que toca aos requisitos de cunho processual, destaca-se que o quórum para a sua aplicação pela respectiva Corte de Precedentes é o da maioria de seus integrantes, o que denota

---

<sup>168</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 336-337 e 403-405. Ver também CABRAL, Antonio do Passo. *A Técnica do Julgamento Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n° 221. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em 09.09.2022, p. 9 da versão impressa.

<sup>169</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 64.

<sup>170</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 422.

<sup>171</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 64-65.

novamente uma diferença referente ao instituto da modulação, o qual exige o quórum de dois terços. Assim, entende-se que a desnecessidade do quórum qualificado para a hipótese prevista no art. 927, § 3º, do CPC/2015 não decorre da menor excepcionalidade que se buscou conferir à superação, quando em comparação com a modulação do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Aquela se deu em virtude de a modulação, como se verá, preservar efeitos de uma inconstitucionalidade, o que demanda maior convicção da Corte ao aplicar o instituto, o que de modo algum retira a excepcionalidade com que deve ser aplicada a superação para frente.<sup>172</sup> No mais, a superação requer o voto de todos os integrantes da Corte, ainda que dissidente, pois este só pode ser considerado vencido para a contagem da maioria se houve a manifestação de todos sobre a aplicação ou não do instituto.<sup>173</sup> Os requisitos materiais (configuração e frustração da confiança legítima) devem ser objeto de amplo contraditório e de "fundamentação adequada e específica".<sup>174-175</sup>

Por fim, ressalta-se que a superação (*lato sensu*) é um dever do intérprete. A obscuridade na sua realização ou o silêncio quanto aos seus efeitos – que neste caso seriam retroativos – dão ensejo à interposição do recurso de embargos de declaração (art. 1.022, I e II do CPC/2015<sup>176</sup>), sem pena de preclusão, contudo. Entende-se que uma simples petição, como nos casos de erro material, bastaria para que fosse requerida a superação para frente, ou até mesmo o pedido realizado em sustentação oral durante o julgamento.<sup>177</sup>

Explanado de maneira breve o instituto da superação e os seus efeitos, passa-se a analisar aquele diverso, destinado a manipular os efeitos decisórios quando do controle de constitucionalidade: a modulação de efeitos.

---

<sup>172</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 81-82; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação [livro eletrônico]: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-8.6, disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F205737881%2Fv2.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=736c849e88054dbb92ed77fba33cc619&eat=%5Bereid%3D%22736c849e88054dbb92ed77fba33cc619%22%5D&pg=1&ppl=p&nvgS=false>.

<sup>173</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa de. *Op. cit.*, p. RB-8.7.

<sup>174</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 927, § 4º).

<sup>175</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 67.

<sup>176</sup> “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; (...)” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 1.022, I e II).

<sup>177</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa de. *Op. cit.*, p. RB-8.8; MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 67.

### 2.2.3. A modulação de efeitos em sede de controle de constitucionalidade: a hipótese do art. 27 da Lei nº 9.868/1999

Antes de se adentrar especificamente no instituto da modulação, é necessário traçar considerações no que toca ao controle de constitucionalidade. Este último diz respeito à verificação de "... compatibilidade de interpretação ou aplicação de leis ou de atos normativos em face da Constituição."<sup>178</sup> Ou seja, busca-se averiguar o sentido atribuído a um texto de natureza infraconstitucional com aquele outorgado a determinado dispositivo da Constituição. No caso de haver incompatibilidade, afeta-se o plano da existência ou da validade do primeiro: nulifica-se ou, excepcionalmente, anula-se os dispositivos infraconstitucionais sob exame.<sup>179</sup>

Quanto ao momento, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo, este no âmbito do Poder Legislativo pelas Comissões de Constituição e Justiça (CCJs), ou no do Poder Executivo por meio do veto, momentos em que se sustenta que determinado texto, ainda não dotado de autoridade jurídica, afronta preceito constitucional. Bem dizer, é um controle político da constitucionalidade. Poderia se falar em controle preventivo judicial? A doutrina entende que não, o que pode ser também evidenciado pelo princípio da separação de poderes<sup>180</sup>. Ao Judiciário cabe o exame da constitucionalidade dos textos dotados de autoridade jurídica, isto é, já votados, aprovados, publicados e sancionados (cognoscíveis). Aferir a (in)constitucionalidade dos textos nesta etapa de sua criação seria interferir abruptamente no processo legislativo. Aqui, a função dos membros do STF, por exemplo, bem como de outros juristas, seria a de prestar consultoria nas respectivas CCJs. A maneira pela qual o Judiciário poderia exercer o controle de constitucionalidade neste momento é verificando se foram respeitadas as normas constitucionais referentes ao processo legislativo em si. Percebe-se, no entanto, que não se trata de controle preventivo, pois está-se analisando textos já dotados de autoridade jurídica da maior escala e o(s) seu(s) sentido(s). O controle jurisdicional será, pois, sempre repressivo, podendo ocorrer de diversas formas, desde que exercidas exclusivamente pelo Poder Judiciário.<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 68, com grifos no original.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>180</sup> "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário." (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 2º).

<sup>181</sup> Sobre os controles preventivo e repressivo: PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 158-160; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 967-969.

Uma delas é o controle concreto, no qual o exame da constitucionalidade da norma ou texto não é a finalidade em si do processo, mas um pressuposto para a solução do litígio instaurado *inter partes*. Já o controle abstrato se dá pela análise da constitucionalidade como fim e não pressuposto. Isto é, a finalidade do processo é a aferição da compatibilidade da interpretação ou aplicação dos enunciados jurídicos com a Constituição, independentemente de ser ou não fundamental ao deslinde de um caso específico. Há também o controle incidental, que ocorre quando no curso de um processo já instaurado argui-se a inconstitucionalidade de uma norma, tornando-se o exame da (in)constitucionalidade prejudicial ao deslinde da demanda. De outro lado, o controle principal não é arguido de maneira incidental, constituindo a razão para a instauração do processo. Diferentemente do concreto e do incidental, o controle abstrato e o principal são necessariamente exercidos diretamente no STF. Veja-se que os conceitos são normalmente contrapostos, tornando-se muito semelhantes quando comparados com os seus pares (concreto e incidental vs. abstrato e principal) e por isso muitas vezes confundidos. O mesmo não ocorre, contudo, nas modalidades concentrada e difusa do controle de constitucionalidade.<sup>182</sup>

O controle concentrado é aquele realizado exclusivamente pela Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal), diferentemente do modelo difuso, que é aquele no qual "(...) o poder de controlar a constitucionalidade é distribuído aos órgãos do Poder Judiciário diante de todo e qualquer caso...", podendo e devendo ser exercido por todos os órgãos jurisdicionais na via concreta e incidental.<sup>183</sup> Aqui é necessário esclarecer algumas confusões normalmente realizadas.

A natureza do controle de constitucionalidade pode ser concreta (pressuposto) ou abstrata (fim). A forma em que ocorre pode ser incidental (arguida em litígio) ou principal (instaura o procedimento). O sistema pelo qual ocorre é ou o difuso (por todo e qualquer órgão jurisdicional), ou o concentrado (exclusivamente pela Corte Constitucional - o STF). Assim, o controle pode ser abstrato e principal (via ADI, ADC e ADPF, pelo STF), somente incidental (por qualquer decisão judicial transitada em julgado), concreto e incidental (via RE, pelo STF) concreto e principal (via Mandado de injunção, pelo STF).<sup>184</sup> No entanto, sempre difuso, pois

---

<sup>182</sup> Tudo cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 967-973.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 973.

<sup>184</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do

o sistema que o ordenamento jurídico pátrio adota é o que legitima o exame da constitucionalidade por todo e qualquer órgão dotado de jurisdição (inclui-se aqui o STF). Não são deve falar, pois, em controle concentrado ou sistema misto, porque apenas a forma e a natureza do controle realizado é que podem se misturar.<sup>185-186</sup>

Adentra-se mais especificamente na forma pela qual o STF realiza o controle concreto incidental, pela via do recurso extraordinário. Aqui o controle é realizado de maneira incidental, pois o descumprimento da Constituição é arguido no curso de um processo já instaurado, e é concreto, pois "... a questão constitucional não constitui o objeto litigioso do processo, nada obstante funcione como objeto do recurso."<sup>187</sup> Assim, o caso *sub judice* funciona como um pretexto à análise da compatibilidade da norma suscitada com o sentido atribuído ou delineado ao texto constitucional. O exercício do controle de constitucionalidade mediante recurso extraordinário se dá, pois, pelo uso de técnicas para decidir, sendo algumas delas a interpretação conforme à Constituição, a declaração de nulidade sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade parcial, total e por arrastamento, dentre outras.<sup>188</sup>

---

próprio Supremo Tribunal Federal; (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. (...) § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)." (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 102, I, 'a' e 'q', III, 'a', 'b' e 'c', e § 1º).

<sup>185</sup> Conforme se posiciona Luiz Guilherme Marinoni em: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 969-975. A separação fica bem clara em outra obra do autor, quando em determinada passagem compara o sistema difuso nacional com aquele adotado pelo Direito Alemão, o concentrado: "Na Alemanha, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal tem, dentre outras funções, a de realizar o controle abstrato e concreto das normas, assim como a de fazer o controle da constitucionalidade, a pedido do juiz ordinário, durante o curso do processo comum. (...) no direito alemão... o juiz e o tribunal não podem sequer decidir sobre a inconstitucionalidade.", em MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36.

<sup>186</sup> Boa parte da doutrina e da jurisprudência, contudo, não costuma fazer esta diferenciação tão rígida, falando em controle difuso quando incidental e concreto e concentrado quando principal e abstrato, ou fala-se em sistema misto, cf. se verifica em: MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas*: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 42-45; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.085-1.089; PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária*: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial. São Paulo: Noeses, 2012, p. 160-182. Veja-se que no caso-problema em questão, tal concepção também pode ser identificada em algumas passagens, a exemplo do que expõe o Min. Nunes Marques: "Quanto ao ponto, esta Corte tem assentado a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas, seja em controle concentrado, seja em controle difuso...", em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022, (p. 46).

<sup>187</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 70.

<sup>188</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 68-73. Também em

Destas, destaca-se a interpretação conforme à constituição, bem como a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. A primeira se configura como a adscirção de um dentre uma gama de sentidos possíveis ao texto constitucional. Desta forma, o STF realiza o controle ao excluir aquelas exegeses incompatíveis com a Constituição de 1988, restando incólume o texto que ensejou a controvérsia interpretativa. Novamente, faz-se referência às teorias da indeterminação do Direito, que dissociam o texto da norma, colocando esta como produto da atividade interpretativa, pois do contrário (cognitivismo interpretativo), jamais poderia haver interpretação conforme sem redução de texto. Ressalte-se, no entanto, que não se pode utilizar esta técnica em inobservância aos limites à atribuição de sentido normativo: os significados mínimos contidos nos textos e o controle por balizas argumentativas. A segunda, diz respeito ao âmbito de incidência de determinada norma. Isso porque declara-se que apenas um sentido é inconstitucional, o qual, pois, não pode ser adscrito. Assim, restringe-se o alcance de sentido do referido texto, sem que haja a supressão deste e sem que sejam alcançadas outras interpretações.<sup>189</sup>

Para além das técnicas mencionadas, há aquelas destinadas à manipulação dos efeitos da decisão que declara ou reconhece a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, no que toca à sua interpretação ou aplicação. A discussão acerca de quais são os efeitos deste tipo de decisão teve bastante espaço durante algum tempo. No entanto, a teoria da anulabilidade da lei inconstitucional não obteve significativa adesão, porque se adotada como praxe, acabaria por suavizar a rigidez e a supremacia da Lei Maior. Predominou, pois, a teoria pela qual são dotadas de nulidade as declarações de inconstitucionalidade. Diante disso, como regra é *ex tunc* a eficácia do reconhecimento de uma inconstitucionalidade *ipso iure*, cujos efeitos retroagem, pois, até 1988. Em outros termos, os atos praticados com base na inconstitucionalidade não podem ser convalidados e muito menos produzir efeitos. Não obstante, há um resquício das teses que defendem a anulabilidade deste tipo de decisão, que está expresso na exceção do art. 27 da lei nº 9.868/1999: a modulação de efeitos.<sup>190</sup>

---

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 228-231.

<sup>189</sup> Tudo cf. MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 71-72, e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 228-231. Menciona-se também palestra de SARMENTO, Daniel, em: *Modulação: o pedido formulado no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*. Vídeo de 24.04.2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3NDdFfBfow>. Canal do Professor Daniel Mitidiero. Acesso em: 10.09.2022.

<sup>190</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 73-75.

Inicialmente, cumpre esclarecer que apesar de o mencionado dispositivo referir-se à modulação apenas em controle concentrado de constitucionalidade, entende-se que este aludiu às hipóteses de controle abstrato. No entanto, tal discussão tornou-se inócua após o STF<sup>191</sup> consolidar entendimento no sentido de que é possível a modulação de efeitos quando o controle é exercido pela via concreta e incidental, isto é, mediante a interposição de recurso extraordinário. No mais, não se controverte a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para a modulação de efeitos de decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade.<sup>192</sup>

Como foi dito, a regra é a retroação dos efeitos da inconstitucionalidade até o ano de promulgação da Carta Constitucional, sendo a modulação de efeitos uma exceção a esta regra. Para que seja aplicada, no entanto, é preciso que se verifique uma situação específica, qual seja, quando a declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* (nulidade) der lugar a um resultado mais inconstitucional do que a mera invalidação *ex nunc* da norma (anulação). Em outros termos, a aplicação da regra em determinada situação pode promover em menor grau a normatividade da Constituição do que a aplicação da sua exceção.<sup>193</sup> Ou seja, a ponderação "unidirecional" da norma constitucional com aquela infraconstitucional dá lugar à "análise multidirecional", que soma a esta ponderação a verificação dos efeitos gerados pela vigência do sentido declarado incompatível e a sua relação com outras normas também de natureza constitucional.<sup>194</sup> Para tanto, é necessário que a Corte competente – o STF – realize uma argumentação robusta e

---

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 197.917/SP. Requerente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 6 jun. 2002, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>.

<sup>192</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 76-77.

<sup>193</sup> O que pode ser observado na própria exposição de motivos da Lei nº 9.868/1999: “Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.” (BRASIL. *Exposição de motivos da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*).

<sup>194</sup> “... uma interpretação adequada do art. 27 lhe confere esta mesma propriedade – a de assegurar a supremacia da própria Constituição -, só que, aqui, a sua promoção vai se operar como um todo. (...) norma legal A contraria a norma X da Constituição, mas a norma A gerou situações amparadas pelas normas Y e Z da Constituição; então, aplicar Y+Z para proteger tais situações promove mais a Constituição que aplicar somente X para invalidar A. Essa análise pode ser tanto quantitativa – mais normas apóiam a manutenção dos efeitos que o desfazimento -, quanto qualitativa – a norma que apóia a manutenção dos efeitos é fundamental, segundo a Constituição, e a norma cuja violação gerou inconstitucionalidade, não.”, tudo cf. ÁVILA, Ana Paula. *Determinação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: Premissas para uma interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº. 9.868 de 1999*. 2007. 220 fls. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2007, fls. 71-72, com grifos no original, e fl. 74 (no texto).

qualificada, a qual não pode ser de qualquer natureza, limitando-se aos parâmetros elencados no próprio dispositivo legal. Assim, prevalecendo o seu caráter excepcional, o legislador elencou requisitos de natureza material e processual para que possa prevalecer sobre a regra.<sup>195</sup> Os materiais se configuram nas razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social. Os processuais, relacionadas ao quórum de dois terços, ao efetivo contraditório e à fundamentação da decisão que modula os efeitos.<sup>196</sup>

Razões de segurança jurídica são aquelas que evidenciam uma maior confiabilidade ou credibilidade do ordenamento jurídico pela manutenção dos efeitos da inconstitucionalidade. Isso, no entanto, não ocorre com frequência, pois são raríssimas as situações em que a confiabilidade do ordenamento é maior atribuindo efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, o que comprova a excepcionalidade deste instituto.<sup>197</sup>

Menciona-se, a título exemplificativo, o caso do Município de Luís Eduardo Magalhães<sup>198</sup>, no qual foi criado o referido município por meio de lei estadual sem que houvesse lei complementar estabelecendo regras gerais que regulassem a referida criação, em contrariedade ao que dispõe a Constituição<sup>199</sup>. No entanto, o município existiu de fato por seis anos. Aqui verifica-se a clara necessidade de se ponderar multidirecionalmente a inconstitucionalidade e os seus efeitos<sup>200</sup>, para se concluir que a nulidade (*ex tunc*) da referida lei estadual faria surgir um cenário de caos - mais inconstitucional -, de modo a "... trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica) ...", nos

---

<sup>195</sup> Menciona-se novamente a exposição de motivos da Lei nº 9.868/1999: "Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado "in concreto" se a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional." (BRASIL. *Exposição de motivos da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*).

<sup>196</sup> Tudo cf. ÁVILA, Ana Paula. *Op. Cit.*, fls. 73-75, e MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 75-80.

<sup>197</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 77.

<sup>198</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembleia Legislativa da Bahia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 9 mai. 2007, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. acesso em 27 de set. de 2022.

<sup>199</sup> "Art. 18 (...) § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei." (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 18, § 4º).

<sup>200</sup> Cf. ÁVILA, Ana Paula. *Op. Cit.*, fl. 74.

termos do voto do Min. Gilmar Mendes.<sup>201</sup> A partir deste exemplo, resta nítida a excepcionalidade da modulação, bem como a necessidade de se conjugar os princípios da segurança jurídica e da supremacia da constituição, de modo a perceber que este só é promovido mediante o respeito àquele. Logo, a solução dada ao caso foi a manutenção dos efeitos pretéritos da lei inconstitucional e da sua vigência pelo prazo de 24 meses, até que o Legislativo estadual aprovasse nova lei em conformidade com a Constituição. Com isso, percebe-se que o STF, ao modular os efeitos, possui uma relativa autonomia para fixar a data a partir da qual terá eficácia a declaração de inconstitucionalidade, podendo estabelecer, inclusive, regras de transição.<sup>202</sup>

Já o excepcional interesse social deve ser entendido não como o fomento a um sentimento social e em especial estatal, o que acarretaria verdadeiro incentivo à violação de direitos e garantias fundamentais constitucionais. É justamente no oposto que reside o excepcional interesse referido no art. 27 da Lei nº 9.868/99: este resta protegido ao se verificar o menor grau de lesividade à Constituição e, conseqüentemente, às garantias individuais, coletivas e difusas distribuídas na Magna Carta. Assim, se modular significa um menor ou nulo impacto aos direitos fundamentais, aplica-se a modulação, desde que verificadas também razões de segurança jurídica. Apenas menciona-se que, apesar de o referido dispositivo estabelecer uma aparente alternatividade entre os requisitos materiais, estes não podem estar dissociados<sup>203</sup>, devendo-se "... conjugar o interesse social oriundo da necessidade de restauração do estado de constitucionalidade com razões de segurança jurídica."<sup>204</sup>, até porque, como foi assentado na primeira parte, o princípio da segurança jurídica jamais pode ser afastado ou ponderado, haja vista não possuir uma eficácia *pro tanto* ou *prima facie*, sendo fundante do Estado Constitucional. Com isso, violar a segurança jurídica é violar a Constituição, de modo que não se promove nenhum interesse social neste caso. Do contrário, isto é, verificada maior potencial lesividade à Constituição pela modulação dos efeitos, em prejuízo à sua supremacia, não se deve cogitar a prospecção dos efeitos da inconstitucionalidade, mantendo-se a sua nulidade e,

---

<sup>201</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembleia Legislativa da Bahia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 9 mai. 2007, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. acesso em 27 de set. de 2022, (p. 50).

<sup>202</sup> Sobre este caso e o que foi dito, ver também ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 555-574.

<sup>203</sup> O que se verifica na exposição de motivos da lei, na qual foi utilizada a conjunção aditiva "e" ao invés da alternativa "ou", conforme nota de rodapé nº 195.

<sup>204</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 79.

consequentemente, seus efeitos *ex tunc*. Assim, para que haja a modulação, é necessário que esta promova "... um estado de coisas mais constitucional do que inconstitucional...".<sup>205</sup>

Quanto aos requisitos de cunho processual, novamente menciona-se que estes estão vinculados ao dever de contraditório, fundamentação qualificada e o quórum deve ser o de dois terços dos integrantes do Tribunal Pleno do STF.<sup>206</sup> O respeito ao contraditório específico para a modulação está muito ligado ao fato de que as razões que fundamentam o mérito da questão constitucional não são as mesmas para a prospecção dos seus efeitos. Isto é, são decisões diferentes por razões diferentes. Sendo a questão distinta, pois, necessária a oportunização de um novo contraditório, específico para o julgamento da modulação, já que os argumentos para tal serão diversos daqueles já inferidos no julgamento de mérito.<sup>207</sup>

E a partir disso também se pode aferir o seguinte: se a decisão que modula efeitos é solução diversa daquela referente ao mérito, ainda que estejam ligadas por um contexto fático, as razões necessárias e suficientes para a adoção de cada solução também o são. Logo, inevitável é a conclusão de que há formação de precedente a partir de uma decisão que modula efeitos, seja em controle concreto ou abstrato de constitucionalidade.<sup>208</sup> A exemplo do caso-problema, enquanto as razões que definem a inconstitucionalidade concernem ao conceito constitucional de faturamento e à impossibilidade de os valores de ICMS integrarem-no, as razões da decisão que prospectou os seus efeitos ao menos aparentam ser de segurança jurídica. Assim, sendo um novo precedente, de natureza diversa do primeiro, este retroage aos casos pendentes, limitado, pois, à coisa julgada anteriormente formada.<sup>209</sup>

A fundamentação adequada, clara e precisa não está apenas vinculada ao que dispõe o art. 489, § 1º, I e II, do CPC<sup>210</sup>, mas também à necessidade de uma argumentação minuciosa e extremamente qualificada, visto se tratar de uma exceção à regra, podendo acarretar o menosprezo à supremacia da Constituição.<sup>211</sup> Por último, o quórum qualificado exigido para a

---

<sup>205</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 79 e *loc. cit.*

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>207</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 614-615.

<sup>208</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, em rodapé, p. 43.

<sup>209</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 44.

<sup>210</sup> "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (...)". (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 489, §1º, I e II).

<sup>211</sup> Sobre a questão da fundamentação, MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 80. No tocante à qualidade da argumentação, ÁVILA, Ana Paula. *Op. Cit.*, fl. 73.

aplicação da modulação de efeitos decorre também da sua excepcionalidade. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 ao estabelecer o quórum de dois terços para que se possa modular limita a competência do STF em fazê-lo, restringindo também a sua argumentação aos mencionados requisitos materiais, justamente para se evitar ao máximo que a manutenção de efeitos da inconstitucionalidade fomente a quebra à Constituição, mantendo a natureza excepcional do instituto em comento.<sup>212</sup>

E aqui justamente é importante mencionar algumas críticas e problemas oriundos da aplicação do instituto jurídico da modulação, em especial na seara tributária. A principal crítica ou questionamento à modulação não está nela em si, mas na maneira e na frequência com que pode vir a ser aplicada. De início, como foi referido anteriormente em relação ao incentivo ao descumprimento de comandos constitucionais, a manutenção de efeitos a uma inconstitucionalidade pode acabar premiando aquele que a praticou. E é sabido que o ordenamento jurídico veda o *tu quoque* – "... ninguém pode se beneficiar da própria torpeza...".<sup>213</sup> Com isso, quer-se dizer que o Estado, muitas vezes, promove a arrecadação sabidamente inconstitucional de um tributo, na expectativa de que sejam futuramente modulados os efeitos da inconstitucionalidade.<sup>214</sup>

E, em decorrência disso, verifica-se um outro problema: a incognoscibilidade normativa. Caso se module os efeitos como praxe e em situações notoriamente incompatíveis com a Magna Carta, prejudica-se o significado de inconstitucionalidade. O que antes se entendia por nulo desde 1988 (inconstitucional), passa a possuir o significado de anulado desde que o STF assim o diga e a partir de quando o determine. Ou seja, se um contribuinte recolhe um tributo de modo claramente inconstitucional - violou-se os significados mínimos do texto, por exemplo -, ele já não sabe se isso significa que surgirá para si um direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos, respeitando-se o prazo quinquenal<sup>215</sup>, ou se significará o mesmo do que a constitucionalidade no que toca a pretensões pretéritas: não possuirá direito à

---

<sup>212</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 81-82; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237-242.

<sup>213</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 78.

<sup>214</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 78-79.

<sup>215</sup> Veja-se que o Estado questionavelmente já possui uma proteção orçamentária oriunda da “segurança jurídica”: a prescrição de seus débitos passivos, no prazo de 05 anos, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. Diz-se questionável, pois como restou assentado, o beneficiário da segurança jurídica é somente o cidadão, não podendo o Estado dela se valer. A prescrição é, pois, uma proteção objetiva individual do contribuinte frente ao Estado pelo transcurso do tempo, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 373-374.

restituição de valores, o que configura uma nefasta relativização do direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII)<sup>216</sup>, pois o "achaque" acaba por dar validade ao "butim".<sup>217</sup> E isso – violação à garantia constitucional –, por si só já impediria a aplicação do instituto. Assim, sendo incognoscível, não há como se confiar no Direito, muito menos calcular as consequências para a prática de atos da vida em sociedade.<sup>218</sup>

Por estas razões, parte da doutrina acena para um terceiro requisito material, além dos já elencados no art. 27 da Lei nº 9.868/99: o da aparência de legitimidade ou constitucionalidade da lei ou ato declarado inconstitucional. Ao se exigir a verificação deste requisito, ao menos se exclui a possibilidade de que sejam modulados os efeitos de uma violação escancarada à Constituição, ficando ainda mais restrita aos casos em que realmente havia alguma controvérsia sobre a constitucionalidade ou não da questão submetida ao controle. Além disso, sugere-se, como uma espécie de sub requisito, que as razões de segurança jurídica devem considerá-la em todos os seus aspectos: passado (confiabilidade), presente (cognoscibilidade) e futuro (calculabilidade).<sup>219</sup> Isso porque a segurança jurídica não pode ser utilizada como mero pretexto à modulação, servindo a finalidades diversas à sua promoção, implícitas ou não, que acarretem um "... estado em que vale mais a pena ludibriar do que observar o Estado de Direito."<sup>220</sup>

Ao utilizar a segurança jurídica como fundamento à modulação, sem, no entanto, considerá-la em todas as suas dimensões temporais, o intérprete a aplica como um instrumento à promoção de outro fim. Ou seja, a segurança jurídica é o pretexto para a convalidação de argumentos consequencialistas. Sobre esta prática argumentativa, importante transcrever *in litteris* a lição de Humberto Ávila:

O consequencialismo, (...), pode ser definido como a estratégia argumentativa mediante a qual o intérprete molda o conteúdo ou a força do Direito conforme as consequências práticas que pretende evitar ou promover, em detrimento da estrutura normativa diretamente aplicável, dos efeitos diretamente produzidos nos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais imediatamente aplicáveis à matéria.<sup>221</sup>

<sup>216</sup> “Art. 5º: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; (...)”. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, XXII).

<sup>217</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 78-79.

<sup>218</sup> Sobre a não promoção do estado ideal do princípio da segurança jurídica pelo uso inadequado da modulação e os requisitos para aplicá-la devidamente, ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 574-601.

<sup>219</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 574-577.

<sup>220</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 77.

<sup>221</sup> ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 56.

Nesse sentido, pode muito bem o aplicador do direito, a uma, alterar a estrutura normativa empregada pelo legislador, por exemplo, ao tornar uma regra um princípio com eficácia *prima facie* ou *pro tanto* a fim de facilitar a sua relativização. A duas, optar por não atribuir ao texto significado já consolidado ou mais adequado, inclusive conforme juízo próprio, para torná-lo mais abrangente. A três, em alternativa às anteriores, pode alterar efeitos próprios da atribuição daquele significado, inicialmente previstos pelo legislador. Aqui se insere o caso da modulação de efeitos desenfreada: sob o pretexto de proteger a segurança jurídica, modula-se os efeitos por outro motivo verdadeiro. E é isso que todas as formas de consequencialismo<sup>222</sup> têm em comum: possuem a lógica do raciocínio invertido, sempre no intuito de evitar determinada consequência. *In casu*, para evitar a consequência de serem restituídos aos contribuintes valores inconstitucionalmente arrecadados, tendo em vista que custearam serviços estatais essenciais e podem supostamente comprometer os mesmos futuramente, modula-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sendo a segurança jurídica fundamento da espécie de *obter dictum*, mas com a roupagem de *ratio decidendi*.<sup>223\_224\_225</sup>

Assim, a fim de se evitar argumentos consequencialistas, a segurança jurídica deve ser clara e precisamente delineada como razão determinante para a modulação, de modo que esta última sirva ao seu fim por excelência: a proteção de situações consolidadas com base na lei, ato ou aplicação declarada inconstitucional. Percebe-se, pois, que diferentemente da superação

---

<sup>222</sup> O professor Daniel Sarmiento faz referência também ao criptoconsequencialismo, no qual a consequência fundante da decisão tomada figura de maneira implícita na fundamentação, in SARMENTO, Daniel. *Modulação: o pedido formulado no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*. Vídeo de 24.04.2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3NDdFfBfow>. Canal do Professor Daniel Mitidiero. Acesso em: 10.09.2022.

<sup>223</sup> Chega-se a esse raciocínio, pelo fato de que, sendo o princípio da segurança jurídica mero pretexto para a modulação, não configuraria, pois, razão determinante à decisão moduladora, de modo que não comporia a *ratio decidendi* do julgado. Esta última seria formada pelas razões que expressam a necessidade de se evitar a consequência indesejada (perda de arrecadação). A segurança jurídica, não compondo a *ratio*, passaria a integrar a *obter dicta* do julgado.

<sup>224</sup> Sobre o consequencialismo e as suas formas, ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 56-60.

<sup>225</sup> O debate acerca do consequencialismo na ordem jurídica pátria ganhou força após a inclusão do art. 20 e § único na LINDB, pela lei nº 13.655/2018: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”. (BRASIL, *Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018 e Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942* (LINDB). Art. 20 e § único). Sem adentrar em peculiaridades, tal artigo dá abertura maior à justificação de decisões por argumentos consequencialistas. Há autores que não vêm tanto problema nisso, entendendo que o consequencialismo, quando adotado em uma medida limitada, é bem-vindo, cf. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. Cit.*, p. RB-8.9. Adota-se, aqui, o entendimento segundo o qual tal disposição reputa-se inconstitucional, por inúmeros motivos. Menciona-se principalmente o fato de tornar a ordem jurídica menos cognoscível e, portanto, menos confiável e calculável. Fica o jurisdicionado mais sujeito a arbitrariedades e incertezas por conta de argumentos que negam a controlabilidade racional das estruturas argumentativas. Para um aprofundamento, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 617-626, e idem. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 60-67.

para a frente dos precedentes, não há tutela de confiança depositada em precedente. A modulação aqui independe de ter ou não havido orientação jurisdicional anterior configuradora de base de confiança para a prática de atos, como é requisito para a técnica do *prospective overruling*.<sup>226</sup>

E são várias as diferenças: uma situa-se no plano da interpretação, sendo aplicada aos precedentes, enquanto a outra se coloca no plano decisional, incidindo sobre comandos proferidos em controle de constitucionalidade; uma exige aprovação da maioria, a outra quórum qualificado de dois terços; uma depende de um precedente anteriormente formado em sentido contrário, que tenha servido de base e exercício da confiança nele depositada para que se evite a sua frustração; a outra demanda maior ofensa à constituição pelo desfazimento de situações juridicamente embasadas na inconstitucionalidade. E por serem institutos distintos, reafirma-se que nada impede que uma decisão que module os efeitos enseje a formação de um precedente. De outro lado, há pontos em comum, em especial a finalidade de proteção da segurança jurídica, ainda que de modo diverso, e o caráter excepcional, sem o qual ambos os mecanismos desvirtuar-se-iam do seu *telos*.<sup>227</sup>

Indo adiante, é necessário destacar que há uma situação jurídica que limita a todos. A decisão de (in)constitucionalidade com eficácia *ex tunc*, o precedente formado ou superado, incluindo-se aí aquele constante da decisão que modula os efeitos, todos esbarram no instituto que visa a proteger de maneira individual e objetiva as situações jurídicas consolidadas no passado pela via da tutela jurisdicional: a coisa julgada.

#### 2.2.4. O limite à retroação dos precedentes (formados ou superados) e às decisões de (in)constitucionalidade: a coisa julgada

A coisa julgada é um comando consagrado no art. 5º, XXXVI<sup>228</sup>, da Constituição Federal de 1988, constituindo uma densificação do princípio da segurança jurídica. Isso porque se configura como uma proteção objetiva de situações individuais frente à mudança, decorrente da consolidação de situações jurídicas. Dentre estas espécies de proteção, há o direito adquirido,

<sup>226</sup> ALMEIDA, Luciana Robles de. *Modulação de efeitos de precedentes? Conceitos e distinções*. Revista de Processo. vol. 322. ano 46. p. 377-400. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2021. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-47632>. Acesso em: 09.09.2022.

<sup>227</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 80-82.

<sup>228</sup> “Art. 5º (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, XXXVI).

o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.<sup>229-230</sup> A regra da coisa julgada está intrinsicamente relacionada à ideia de confiabilidade do ordenamento jurídico, visto que visa a proteger situações jurídicas passadas consolidadas na esfera jurídica de seus cidadãos para que estes possam planejar suas vidas contando com esta intangibilidade. Isto é, sem a segurança de que tal situação não possa ser a qualquer tempo e sob qualquer hipótese revista ou rediscutida, não seria confiável calcular consequências futuras advindas de atos praticados com base na referida situação jurídica.<sup>231</sup> Em outros termos, se determinadas pessoas buscam resolver um litígio acerca de uma controvérsia jurídica, a decisão judicial torna-a cognoscível. No entanto, para que gere confiança e seja calculável para a prática de atos nela fundados, é imprescindível que se torne estável a partir de um dado momento.<sup>232</sup> Mas como e quando uma decisão judicial adquire esta qualidade?

Do ponto de vista processual, quando se torna indiscutível e imutável. Indiscutível, pois não mais sujeita a recurso, o que ocorre após o trânsito em julgado do processo (art. 502 do CPC<sup>233</sup>). Imutável, pois após tornar-se indiscutível, como regra, não poderá mais ser alterada. Estas duas características expressam a autoridade da coisa julgada. Menciona-se que, além do trânsito em julgado, há o requisito de uma decisão jurisdicional, e, para que seja material (coisa julgada propriamente dita), é necessária uma decisão de mérito. Não bastasse, a decisão deve ser proferida sob cognição exauriente, condição *sine qua non* à formação da proteção em voga.<sup>234</sup>

No âmbito constitucional, como já dito, importante mencionar que sua proteção foi conferida mediante uma regra, e não um princípio. Isso porque tendo-a cristalizado no texto da Magna Carta, pode-se aferir que o constituinte originário já realizou uma ponderação de valores anterior ao processo legislativo, de modo que, antecipando o conflito entre a mudança da lei e a situação passada consolidada, privilegiou a estabilidade desta última em prol de um estado-ideal de maior certeza e previsibilidade. E isto ocorre, pois como regra, foi prescrita uma

---

<sup>229</sup> Na verdade, todas estas situações expressam um direito adquirido, sendo diferenciados apenas pela forma como o são, se decorrentes "... da lei, do negócio jurídico ou da sentença.", cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 375.

<sup>230</sup> Tudo cf. *Ibidem*, p. 374-381.

<sup>231</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de; MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 34-35.

<sup>233</sup> "Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso." (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 502).

<sup>234</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. vol. 2. Salvador: JusPodvim, 2015, p. 513-517.

proibição na linha de que não é possível contrariar ou ignorar uma decisão estável pela qualidade da coisa julgada. E ainda que não fosse consagrada como regra, tendo em vista que visa a promover um estado de maior cognoscibilidade, calculabilidade e – em especial – de confiabilidade jurídicas, deveria ser observada como proteção decorrente do princípio da segurança jurídica em um Estado de Direito nela fundado.<sup>235</sup>

Importante destacar que a coisa julgada é uma regra voltada ao discurso jurídico, e não propriamente ao seu conteúdo. Ou seja, ao conferir-lhe estabilidade, a coisa julgada o institucionaliza, servindo não apenas de instrumento à sua legitimação, mas à sua própria existência, já que um discurso sem pretensão de estabilização não possui natureza jurídica e não reafirma o poder estatal (jurisdição), ambas próprias de uma sentença ou decisão judicial.<sup>236</sup>

Sendo a coisa julgada uma regra, natural que esta contenha exceções, as quais se perfectibilizam nas hipóteses da ação rescisória. Tal instituto é historicamente previsto no ordenamento brasileiro como sendo o mecanismo de revisão da coisa julgada, via ação autônoma. No CPC de 2015, a partir do reconhecimento da transição da eficácia persuasiva para a vinculante dos precedentes, o referido instituto sofreu inovações, em especial no que tange à estrita observância dos precedentes formulados pelas Cortes Supremas, bem como das decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato e concreto de constitucionalidade. Isso porque do Código Buzaid (CPC de 1973) ao CPC de 2015 a hipótese de violação a "literal disposição de lei" (art. 485, V, CPC/1973<sup>237</sup>) deu lugar à violação manifesta de norma jurídica (art. 966, V, CPC/2015<sup>238</sup>), o que justamente denota a transição da noção de norma como objeto da interpretação e esta como mera declaração de seu objeto, para as teorias que a definem como sendo o resultado da atividade interpretativa. Assim, resta nítido que caso se deixe de aplicar um precedente a um processo pendente de julgamento definitivo, viola-se não só a norma

---

<sup>235</sup> Tudo cf. OLIVEIRA, Paulo Mendes de; MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 30-45, e ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 374-375.

<sup>236</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47-52.

<sup>237</sup> “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar literal disposição de lei;”. (BRASI, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil revogado*. Art. 485, V).

<sup>238</sup> “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar manifestamente norma jurídica; (...) § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)”. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 966, V e § 5º).

expressa na sua *ratio*, como também a regra do *stare decisis* (art. 927 e 1.040, I, II e III<sup>239</sup> do CPC/2015), motivo pelo qual é cabível a rescisão da coisa julgada nestas hipóteses.<sup>240</sup>

Não se pode ignorar, contudo, a excepcionalidade deste instrumento, que deve ser utilizado apenas nas situações taxativamente tipificadas, de modo que a sua admissibilidade deve obedecer a rigorosos critérios, bem como a sua discussão e deslinde, "... sem o que o princípio da segurança jurídica corra o risco de ser exposto a um contínuo enfraquecimento."<sup>241</sup> Tanto é assim que a ofensa à coisa julgada configura, inclusive, hipótese de cabimento da ação rescisória (art. 966, IV, CPC/2015<sup>242</sup>). Entretanto, parece óbvio e por isso incontroverso afirmar que um precedente ou uma decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade devam ser aplicados a casos pendentes, tendo em vista as suas forças vinculantes. O problema ocorre quando estas retroagem sobre decisões de mérito já transitadas em julgado.<sup>243</sup> Isto é, pode um precedente e uma declaração de inconstitucionalidade supervenientes servirem de fundamento a ações rescisórias?

E naturalmente a resposta é negativa. No que toca às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, um dos principais argumentos para tanto é o fato de que se fosse possível rescindir a coisa julgada nestes casos, estar-se-ia negando o sistema de controle difuso de constitucionalidade. Ou seja, o controle realizado por um juiz ordinário se tornaria um mero juízo provisório, sempre à espera de uma definição do STF acerca do significado constitucional. Se transformaria o discurso jurídico em um discurso comum, pois ausente de estabilidade. De outro lado, privilegiar a coisa julgada não significa preservar os efeitos produzidos por uma lei inconstitucional – o que seria próprio de uma modulação –, mas reconhecer a eficácia de um juízo prévio, diverso e sobretudo legítimo acerca da (in)constitucionalidade.<sup>244</sup>

---

<sup>239</sup> “Art. 1.040. (...) I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 1.040, I, II e III).

<sup>240</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 15-31.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>242</sup> “Art. 966 (...) IV - ofender a coisa julgada;” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 966, IV).

<sup>243</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 15-31.

<sup>244</sup> Em diversas passagens, MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Não bastasse, e aqui no que concerne também aos precedentes, a interpretação do STF seria entendida como a única correta. Isso não só nega o sistema de controle difuso, como também a própria noção de precedente e a função das Cortes Supremas, pois ignora-se a dupla indeterminação do Direito e retorna-se ao status da interpretação como sendo a mera declaração do sentido exato da norma contido no texto. O fundamento das rescisórias nestes casos não está na violação de norma constitucional ou precedente, mas no *ius superveniens* (direito superveniente), o que não configura hipótese de ação rescisória, pois não houve qualquer violação à norma jurídica quando da prolação daquela decisão.<sup>245</sup> Dito de outro modo, “(...) O Precedente não pode retroagir, afetando as decisões transitadas em julgado, porque não se pode mandar hoje alguém fazer algo ontem.”<sup>246</sup> Do contrário, dá-se espaço ao anacronismo.

Nessas situações, o cabimento das rescisórias atrelaria o status de inconstitucionalidade à coisa julgada, o que é uma contradição em si.<sup>247</sup> Como visto, a coisa julgada é uma regra expressa na Constituição Federal de 1988, que visa a proteger a legitimidade do discurso de modo a condicionar a existência deste, sendo dissociada, pois, do seu conteúdo. Se protege o juízo legítimo realizado anteriormente, e não especificamente o conteúdo que supervenientemente contraria precedente ou norma constitucional. Portanto, inconstitucional é admitir a ação rescisória com base no art. 525<sup>248</sup>, § 15º, e art. 535<sup>249</sup>, § 8º, ambos do CPC, que

<sup>245</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 44-46.

<sup>246</sup> ALMEIDA, Luciana Robles de. *Coisa julgada inconstitucional? A relação entre a coisa julgada, o precedente e a ação rescisória*. Revista de Processo. vol. 297-2019. p. 177-209, p. 185 (p. 9 da versão impressa). São Paulo: Ed. RT, novembro 2019. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document#>. Acesso em: 10.09.2022.

<sup>247</sup> “... os defensores da tese da relativização recorrem à figura da sentença inexistente para sustentar a possibilidade de utilização da “desconsideração” da coisa julgada. Segundo esta concepção, a lei inconstitucional é uma norma inexistente, e a decisão que a aplica seria também ela uma sentença inexistente, devendo haver ruptura atípica da res iudicata que eventualmente tenha se formado. Ora, se a tese prevalecer, haveria uma evidente contradição lógica: se a sentença é inconstitucional, não existe, e portanto não há coisa julgada; ora, se não há coisa julgada, estaríamos diante de um falso problema.”, cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2014, p. 167, com grifo no original.

<sup>248</sup> “Art. 525 (...) § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: (...) III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; (...) § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. § 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica. § 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. § 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.”. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Art. 525, §1º, III, § 12, § 13, § 14 e §15).

<sup>249</sup> O artigo 535, referindo-se às execuções contra a fazenda pública, possui redação muitíssimo semelhante nos respectivos inciso III, § 5º, §6º, § 7º e § 8º, cf. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*.

ofendem a garantia da coisa julgada consagrada na Constituição. Ainda, há de se falar na latente contradição que os § 14 e § 7º dos arts. 525 e 535 do CPC possuem com os seus subsequentes (§ 15 e § 8º), tendo em vista que os primeiros exigem a ausência de trânsito em julgado prévio da decisão exequenda em relação à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, mas os últimos permitem a rescisão daquela, caso tenha adquirido a proteção da coisa julgada. Assim, não bastasse a sua inconstitucionalidade, os parágrafos que possibilitam a ação rescisória são fruto "... de uma inserção descuidada, dessas que são feitas em uma lei de grande amplitude no apagar das luzes da discussão parlamentar."<sup>250</sup>

Não se pode também dar espaço ao argumento de que a coisa julgada nestas hipóteses prevaleceria sobre a justiça da decisão.<sup>251</sup> Isso se deve ao fato de que não há um real conflito entre a justiça e a segurança jurídica. Primeiro, porque o conceito daquela é extremamente fluido e subjetivo, cuja ausência de precisa definição inviabilizaria a sua sobreposição sobre a última, solidamente consolidada em todo o ordenamento, fundando-o e estruturando-o. Ainda, pode-se dizer que o princípio da segurança jurídica justamente por ser fundante do Estado Constitucional engloba aquele concernente à justiça das decisões. Ou seja, não se pode falar em justiça na insegurança. Relativizar a coisa julgada significa tornar algo certo em incerto e, portanto, algo justo em injusto.<sup>252</sup>

Deve-se, pois, aplicar o verbete da Súmula nº 343 do STF.<sup>253</sup> E assim, durante muito tempo a orientação do STF era no sentido de que, em um momento de controvérsia interpretativa, dever-se-ia privilegiar a interpretação legítima das instâncias inferiores no que toca à legalidade ou constitucionalidade de um texto jurídico. Isso porque a livre e isonômica capacidade de autodeterminação não poderia ficar sob a condição suspensiva de um pronunciamento das Cortes Supremas. Dessa forma, buscou-se promover a segurança jurídica pelo privilégio de uma proteção objetiva e individual (a coisa julgada) em detrimento de uma geral e abstrata (orientação pelos precedentes), pois naquele momento a primeira era certa, enquanto a segunda inexistia e apenas potencialmente o poderia. Com a coisa julgada formada,

---

<sup>250</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 81-108.

<sup>251</sup> ALMEIDA, Luciana Robles de. *Coisa julgada inconstitucional? A relação entre a coisa julgada, o precedente e a ação rescisória*. Revista de Processo. vol. 297-2019. p. 177-209, p. 177 (p. 2 da versão impressa). São Paulo: Ed. RT, novembro 2019. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document#>. Acesso em: 10.09.2022.

<sup>252</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 706-710.

<sup>253</sup> Súmula nº 343 do STF: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais." Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1472>.

permitiu-se o exercício da autonomia individual, sem prejudicar a isonomia<sup>254</sup>: todos aqueles albergados pela coisa julgada praticaram atos com base nas decisões individuais – independente do seu conteúdo – e os demais, com o advento de orientação vinculante, sujeitaram-se a esta.<sup>255</sup>

No entanto, em uma sucessão de diversos julgados, tanto o STF quanto o STJ entenderam pela sua não aplicabilidade (Súmula nº 343 do STF) em matéria constitucional, e até mesmo federal.<sup>256</sup> Enfim, firmou-se precedente em ambas as Cortes Supremas pela incidência da súmula, nos casos *Metabel vs. União* (STF)<sup>257</sup> e *União vs. Sintrajusc*<sup>258</sup> e *União vs. Metalgrin* (STJ)<sup>259, 260</sup>.

Destaca-se, para fins deste trabalho, o precedente firmado no RE nº 590.809/RS (*Metabel*), no qual se pode observar a partir do voto do Min. relator Marco Aurélio Mello<sup>261</sup> os seguintes fundamentos: (i) a natureza da coisa julgada como garantia constitucional sob a forma de cláusula pétrea; (ii) a excepcionalidade do instrumento da ação rescisória; (iii) a preocupação com a relativização da coisa julgada em razão de entendimento posterior da própria Corte,

---

<sup>254</sup> Recorde-se que a igualdade é uma forma de comparação entre dois ou mais sujeitos de direitos, que se estabelece mediante critérios eleitos. Ou seja, para fins de segurança jurídica, uma decisão protegida pela coisa julgada coloca-se como *standard* de igualdade no que toca ao planejamento e exercício de uma vida digna. Os precedentes, para que possam promover tratamento isonômico, utilizam a identidade ou elevada similaridade entre dois casos para que sejam aplicados, sendo o *distinguish*, por exemplo, uma técnica destinada à verificação deste critério. Sobre o conceito de igualdade aqui adotado e os diversos elementos destinados à realização desta forma comparativa, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 43-45 e ss.

<sup>255</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 44-46.

<sup>256</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 89.108/GO. Requerente: Darcy Rodrigues Carrijo. Requeridos: Estado de Goiás; Eurípedes Junqueira; Francisco José Taveira. Relator: Min. Cunha Peixoto. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em 28 ago. 1980. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104106/false>. Acesso em 27 set. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Requerente: José Carlos Paes. Requerida: Fazenda Nacional. Recurso Especial nº 1.063.310/BA. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 07 ago. 2008. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200800684542](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200800684542). Acesso em 27 set. 2022.

<sup>257</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 590.809/RS. Requerente: Metabel Indústria Metalúrgica Ltda. Requerida: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 22 out. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303880>.

<sup>258</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial nº 1.458.607/SC. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em: 23 out. 2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201401375827&dt\\_publicacao=03/11/2014](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401375827&dt_publicacao=03/11/2014). Acesso em 26 set. 2022.

<sup>259</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Ação Rescisória nº 4.443/RS. Relator: Min. Herman Benjamin, Relator para Acórdão: Min. Gurgel de Faria. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em: 8 mai. 2019, Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2019\\_255\\_1\\_capPrimeiraSecao.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2019_255_1_capPrimeiraSecao.pdf). Acesso em 26 set. 2022.

<sup>260</sup> Tudo cf. MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 46-54.

<sup>261</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 590.809/RS. Requerente: Metabel Indústria Metalúrgica Ltda. Requerida: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 22 out. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303880>, cf. voto do Min. relator.

principalmente quando à época de formação daquela já existia precedente do STF em sentido diverso daquele superveniente, mas cuja decisão albergada pela coisa julgada estava em conformidade. Isto é, beira à insanidade admitir ação rescisória por conta de orientação superveniente das Cortes Supremas, quando a decisão protegida pela garantia da estabilidade se orientou justamente por precedente vigente à época.<sup>262</sup>

Parte da doutrina se posiciona contrariamente à aplicabilidade da Súmula nº 343 do STF por entender, em suma, que a não relativização da coisa julgada quando há texto de interpretação controvertida nos Tribunais Judiciários ofenderia o princípio da legalidade e da isonomia.<sup>263</sup> Ainda assim, reconhece, contudo, que diante do precedente formado em *Metabel*, a decisão transitada em julgado que tenha por fundamento orientação das próprias Cortes Supremas quando da sua prolação deve se manter inalterada diante de precedente superveniente em sentido contrário, já que a jurisprudência, neste caso, não era controvertida.<sup>264</sup>

Adota-se aqui posicionamento segundo o qual não se pode admitir a ação rescisória diante de precedente superveniente das Cortes Supremas não só quando já havia orientação pacificada destas em sentido diverso, aplicado ao caso concreto, mas também quando esta não existia. Isso porque um precedente inexistente à época não é violável. Não bastasse, resta claro o comprometimento da segurança jurídica – que funda o Estado Constitucional – nesta hipótese. Ou seja, o cabimento das rescisórias implicaria a supremacia da constituição no que toca apenas a uma norma ou orientação específica, mas comprometeria o todo, pois ao ofender a coisa julgada, viola-se o referido princípio em sua dimensão objetiva e individual.<sup>265</sup>

E o mesmo vale para as decisões de (in)constitucionalidade proferidas em sede de controle de constitucionalidade. A retroação destas sobre a coisa julgada acarreta a

<sup>262</sup> Ver também MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 108-112.

<sup>263</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação [livro eletrônico]*: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-7.3, disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F205737881%2Fv2.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=736c849e88054dbb92ed77fba33cc619&eat=%5Bereid%3D%22736c849e88054dbb92ed77fba33cc619%22%5D&pg=1&ppl=p&nvgS=false>. Welder Queiroz dos Santos chega a referir que “A coisa julgada, a pretexto de assegurar a estabilidade da relação jurídica e a segurança jurídica no caso individual, não pode ser tida como um instituto jurídico que faz do branco o negro; do quadrado o redondo (...), ou vice-versa, ao aplicar norma jurídica com sentido errôneo com relação às circunstâncias fáticas que embasam a controvérsia.”, em SANTOS, Welder Queiroz dos; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.); TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Ação rescisória por violação a precedente*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 217.

<sup>264</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. Cit.*, p. RB-7.3.

<sup>265</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 52-54.

deslegitimação do discurso realizado por intérpretes que não das Cortes Supremas. Em outras palavras, nega-se o sistema de controle difuso adotado pela ordem jurídica nacional.<sup>266</sup>

Em síntese, buscou-se esclarecer o limite à formação e à superação retroativas dos precedentes, bem como às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, as quais como regra possuem eficácia *ex tunc*. Assim, com mais razão ainda se dá o respeito à coisa julgada quando da atribuição de efeitos prospectivos aos precedentes ou às decisões das Cortes Supremas.<sup>267</sup> Inclusive, mesmo quem entende pela retroatividade sobre a coisa julgada como regra, sustenta que a própria modulação dos efeitos configuraria uma ressalva à sua rescisão.<sup>268</sup>

Não obstante, sustenta-se entendimento diverso, pois colocar a modulação como uma espécie de ressalva expressa à coisa julgada é admitir que esta última automaticamente desapareça diante da decisão do STF. Deste modo, a lógica deve ser inversa: para que seja atingida a coisa julgada diante de decisão ou precedente superveniente do Supremo, a situação deve ser excepcionalíssima, na qual o Tribunal Pleno da referida Corte verifique que há outros valores constitucionais que, sobrepondo-se, demandam a sua rescisão. Assim, sendo exceção, sob um forte ônus argumentativo pode o STF declarar explicitamente o alcance de sua decisão sobre a coisa julgada.<sup>269</sup>

Importante esclarecer que se está falando daquelas situações na qual não há trato continuado. Em relação a estas, entende-se que seja por precedente superveniente, seja por decisão de (in)constitucionalidade, a coisa julgada não pode ser rescindida ou automaticamente desfeita. O que ocorre, na verdade, é uma limitação dos efeitos da coisa julgada no tempo. O fato de as relações de trato sucessivo ou continuado estarem vinculadas a circunstâncias temporárias - isto é, tendentes à mudança -, bem como a função de orientação prospectiva dos precedentes oriundos das Cortes Supremas demandam esta cessação de efeitos apenas em relação ao futuro. Com isso, a tutela concedida em relação ao passado, bem como o período entre o trânsito em julgado do caso individual e o julgamento meritório do caso paradigma

---

<sup>266</sup> Amplamente em MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>267</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 61-62.

<sup>268</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. Cit.*, p. RB-7.3. Menciona-se novamente que o termo modulação de efeitos para a autora compreende também a hipótese de superação para frente do precedente.

<sup>269</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 133-143.

continuam estáveis frente à mudança, mantendo-se até aqui inalterados os efeitos da coisa julgada.<sup>270</sup>

Para ficar mais claro e interpretando o exposto acima, exemplifica-se: um contribuinte impetra um mandado de segurança postulando que a autoridade coatora se abstenha de exigir o recolhimento de um tributo, por conta de sua inconstitucionalidade (direito líquido e certo) e pede que seja declarado o direito à compensação<sup>271</sup> dos valores indevidamente recolhidos até os 05 anos anteriores à impetração. Exercendo a sua prerrogativa em um sistema de controle difuso, o Juiz concede a segurança, declarando a inconstitucionalidade da relação obrigacional tributária e defere o direito à compensação de valores ao impetrante. Não sendo interposto nenhum recurso, faz-se coisa julgada. Posteriormente, o STF em controle de constitucionalidade, seja ele concreto ou abstrato, declara a constitucionalidade do referido tributo. Assim, tem-se o seguinte cenário: i) a coisa julgada em relação à questão da (in)constitucionalidade cessa os seus efeitos *pro futuro*, devendo o jurisdicionado se orientar pela decisão ou precedente da Corte Suprema (passa a ter de recolher o tributo); ii) em relação ao período anterior à declaração de constitucionalidade, a coisa julgada resta incólume, não surgindo ao Fisco qualquer pretensão de restituição dos valores mediante a rescisão da coisa julgada.

Menciona-se, ainda, que de modo ligeiramente diverso, contrariando o disposto na Súmula nº 239 do STF<sup>272</sup>, se posiciona o Professor Luiz Guilherme Marinoni, conforme lição abaixo transcrita:

Porém, nas ações em que se pede a declaração de inexistência de débito tributário ou a expedição de ordem à Fazenda (ação mandamental, baseada no art. 536 do CPC/2015) ou à autoridade fazendária (mandado de segurança) para se abster de cobrar o tributo, alegando-se inconstitucionalidade, ilegalidade ou existência de imunidade ou de isenção, a coisa julgada não fica restrita a determinado período ou exercício, projetando-se, com força perene, para o futuro. (...) Frise-se que, quando a ação não impugna exigência tributária pertinente a um determinado exercício, mas o tributo em si, alegando a sua inexigibilidade sob o fundamento da sua inconstitucionalidade (por exemplo), a coisa julgada não fica restrita a um período, fugindo dos moldes restritivos próprios à Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal. Neste caso, a coisa julgada não é restrita pelo objeto específico da ação nem é limitada no tempo, pois a decisão, fundando-se em elemento perene ou permanente da relação

<sup>270</sup> Cf. OLIVEIRA, Paulo Mendes de; MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 192-202.

<sup>271</sup> Súmula nº 213 do STJ: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_16\\_capSumula213.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula213.pdf).

<sup>272</sup> Súmula nº 239 do STF: Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula239/false>.

tributária, não corre o risco de ser substituída por coisa julgada oriunda de circunstância nova ou posterior.<sup>273</sup>

O referido tema, no entanto, ante a sua tamanha complexidade, merece um estudo próprio.<sup>274-275</sup> O que deve ficar claro a partir das considerações até aqui feitas é que, obtendo o jurisdicionado o direito à compensação ou restituição de valores e estando este albergado pela coisa julgada, ela deve permanecer intangível sob qualquer hipótese, especialmente quando o referido direito se fundou em orientação da própria Corte Constitucional. Nas palavras de Daniel Mitidiero, forçar a retroação de um precedente, inclusive aquele formado em decisão moduladora de efeitos de declaração de inconstitucionalidade, "... constitui particularismo arbitrário, incompatível com o Estado de Direito".<sup>276</sup>

E o particularismo é arbitrário, ferindo por óbvio o princípio da segurança jurídica, pois o intérprete deixa de aplicar a consequência natural de uma regra a um caso sobre o qual incidiria, seja porque atribui a um elemento qualquer a força de exceção à regra (particularismo sensível) ou por flexibilizá-la completamente (particularismo puro), destituindo-a de seu caráter prescritivo, o que acarreta maior arbitrariedade do aplicador para definir de modo subjetivo e descriterioso o âmbito de incidência dos comandos normativos.<sup>277</sup>

Dito isso, importa dizer, em síntese, que a superação para a frente de um precedente jamais poderá retroagir sobre a coisa julgada, o que seria absurdamente sem sentido, não

<sup>273</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 124-125.

<sup>274</sup> Para o que se recomenda a leitura de OLIVEIRA, Paulo Mendes de; MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). *Coisa julgada e precedente*: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, e MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 115-131.

<sup>275</sup> Destaca-se também que o tema será objeto de julgamento pelo STF na sistemática de recursos com repercussão geral, vide Tema nº 881 de Repercussão Geral no STF (retroatividade sobre coisa julgada em geral): "1. A matéria constitucional controvertida consiste em delimitar o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF. 2. Preliminar de repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 949.297/CE. Requerente: União. Requerido: TBM – Textil Bezerra de Menezes S.A. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 24 mar. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em 27 set. 2022.); e Tema nº 885 de Repercussão Geral no STF (cessão de efeitos *pro futuro* da coisa julgada): "1. Constitui questão constitucional saber se e como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo. 2. Repercussão geral reconhecida." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 955.227/BA. Requerente: União. Requerido: Braskem S.A. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 31 mar. 2016, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10684228>. Acesso em 27 set. 2022.).

<sup>276</sup> MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos*: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 44.

<sup>277</sup> ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 44-49.

havendo controvérsias quanto a isso. De igual modo, as razões necessárias e suficientes à modulação de efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade (razões de segurança jurídica) compartilhadas pela maioria qualificada do Tribunal Pleno do STF, isto é, um precedente, jamais poderão afetar a coisa julgada, impondo-se a inadmissão das ações rescisórias quando fundadas em precedente de decisão moduladora de efeitos no *leading case*. E o mesmo se conclui no que toca às decisões de (in)constitucionalidade, aos precedentes formados e superados retroativamente.<sup>278</sup>

*In fine*, buscou-se neste capítulo II uma análise doutrinária e jurisprudencial a respeito de institutos distintos que possuem uma finalidade em comum: a salvaguarda da segurança jurídica no tempo diante da mudança surpreendente, a fim de que esta não se torne injusta.

Importante a partir de agora dar enfoque ao caso-problema a fim de entender: i) qual a solução adotada (modulação ou superação para frente); ii) qual era a solução adequada; iii) as supostas e as verdadeiras razões de ter se adotado o respectivo instituto; iv) os problemas daí decorrentes.

---

<sup>278</sup> Tudo cf. MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 43-67. Também e amplamente em MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

### 3 A “TESE DO SÉCULO”, OS SEUS EFEITOS E A COISA JULGADA: UM BREVE ESTUDO CRÍTICO DO CASO À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

Sem muitas delongas, e a partir das premissas teóricas já estabelecidas na primeira parte desta monografia, buscar-se-á analisar de maneira objetiva o caso do Tema nº 69 de Repercussão Geral no STF, no que toca especificamente aos efeitos atribuídos ao julgado e aos problemas daí decorrentes, para que então se possa propor possíveis soluções a estes. De início, é necessário responder ao seguinte questionamento: qual foi o mecanismo utilizado para atribuir efeitos prospectivos à inconstitucionalidade?

#### 3.1. Superação para frente ou modulação?

Como foi visto, para que haja a superação para a frente (art. 927, §3º do CPC), é necessário que se tenha um precedente a ser superado, seja porque notoriamente equivocado, seja pelo desgaste de sua congruência social e de sua coerência substancial. Além disso, necessário que se verifique base ensejadora de confiança subjetiva, o exercício e a frustração desta pela modificação ou revogação do precedente. No plano processual, destacam-se os requisitos do quórum pela maioria e da fundamentação adequada e específica.<sup>279</sup>

Já a modulação de efeitos pressupõe o exercício de controle de constitucionalidade mediante uma decisão que declare ou reconheça a inconstitucionalidade de lei, ato ou interpretação incompatível com a Constituição, sem a necessidade de que haja a redução de texto, mediante algumas técnicas. O essencial é que se tenha uma situação extremamente peculiar em que deva ser tutelada a segurança jurídica e o excepcional interesse social vinculado justamente à maior proteção da ordem constitucional do que se teria pela declaração de nulidade com efeitos *ex tunc*. Deve haver também uma aparência de legitimidade em relação à inconstitucionalidade praticada e, no plano processual, destaca-se a exigência do quórum qualificado de dois terços, bem como de fundamentação qualificada e de contraditório específico.<sup>280</sup>

A partir da leitura do voto da Ministra rel. Cármen Lúcia<sup>281</sup>, pode-se falar na superação de um precedente, na visão da Ministra (voto vencedor). Isso, porque fez menção a votos

<sup>279</sup> Cf. supra, p. 34–44.

<sup>280</sup> Cf. supra, p. 44–55.

<sup>281</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

constantes no acórdão referente ao mérito<sup>282</sup>, onde foi feita alusão a entendimentos do antigo TFR (Tribunal Federal de Recursos)<sup>283</sup>, anterior à Constituição de 1988, e do STJ<sup>284</sup>, já à luz da atual Magna Carta, que consolidavam entendimento em sentido contrário ao estabelecido no mérito do *leading case* ora analisado. Sustentou que, embora o princípio da proteção à confiança seja direcionado aos cidadãos e jurisdicionados, o planejamento estatal fazendário se pautou em expectativas legítimas oriundas do entendimento jurisprudencial antes referido.<sup>285</sup>

Do voto do Min. Alexandre de Moraes, que acompanhou a relatora quanto ao entendimento jurisprudencial ensejador de confiança, importante destacar que este fez menção expressa ao art. 927, § 3º, do CPC/2015 para dizer que estaria autorizada a “modulação” no referido caso.<sup>286</sup>

Em relação ao voto do Min. Luís Roberto Barroso, que também acompanhou a relatora no tocante à prospecção dos efeitos, este reiterou que o antigo entendimento do TFR, ainda que analisasse a questão sob a égide da Constituição de 1969<sup>287</sup>, teve orientação renovada sob a nova Constituição mediante posicionamento do STJ, configurando, portanto, base de confiança ao planejamento fiscal. Faz também menção ao dispositivo do CPC/2015, e não da Lei nº 9.868/1999.<sup>288</sup>

---

<sup>282</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (RG Tema nº 69). Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 15 mar. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>. Acesso em: 26 jul. 2022.

<sup>283</sup> De acordo com a súmula nº 258 do TFR: “Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM.”. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=0000258&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=1&operador=adj>.

<sup>284</sup> De acordo com a súmula nº 68 do STJ: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>; Súmula nº 94 do STJ: “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Recurso Especial nº 1.144.469/PR. Recorrentes: Fazenda Nacional; Hubner Componentes e Sistemas Automotivos LTDA. Recorridos: os mesmos. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 10 ago. 2016, Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200901124142](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901124142). Acesso em: 27 set. 2022.

<sup>285</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>287</sup> Que, aliás, não previa o faturamento como base de cálculo das contribuições à seguridade social, cf. palestra de DERZI, Misabel, em: *Modulação: o pedido formulado no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*. Vídeo de 24.04.2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3NDdFfBfow>. Canal do Professor Daniel Mitidiero. Acesso em: 10 set. 2022.

<sup>288</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

No mais, dos que acompanharam a relatora, destaca-se a posição do Min. Gilmar Mendes, que também entendeu pela aplicabilidade do art. 927, § 3º do CPC/2015, em detrimento do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux acompanharam a relatora sem maiores inovações no que toca à modulação, ao menos para fins desta primeira análise.<sup>289</sup> Assim, por oito votos a favor e três contra (dissentiram o Min. Edson Fachin, a Min. Rosa Weber e o Min. Marco Aurélio), decidiram os Ministros em atribuir efeitos prospectivos ao precedente formado no RE nº 574.706/PR a partir da data do julgamento de mérito, isto é, dia 15 de março de 2017, ressalvadas as ações ajuizadas até referida data.

Do que foi dito até aqui, percebe-se que entendeu a Suprema Corte que havia base ensejadora de confiança para a tributação inconstitucional praticada pela União, retratado em Súmula do extinto TFR, do STJ e em recente julgamento deste em sede de recurso repetitivo, tendo sido aplicado ao caso em questão o *prospective overruling* previsto no art. 927, § 3º do CPC.

No entanto, algumas questões não restam nítidas, pois em vários momentos, parecem ter os Ministros embaralhado os institutos de natureza diversa. A uma, porque em inúmeras passagens referiram-se à excepcional interesse social ao invés de desgaste da congruência e da coerência de precedente. A duas, pelo fato de que em dado momento, ainda que perfunctoriamente, referiram-se ao requisito da aparência de legitimidade da inconstitucionalidade, atinente à modulação propriamente dita. A três, porque ao final, ainda que tenham concordado (maioria) pela aplicabilidade do CPC/2015 e não da Lei nº 9.868/1999, estavam debatendo (Min. Marco Aurélio e Min. Luiz Fux) se haviam chegado à maioria qualificada de dois terços.<sup>290</sup>

E veja-se que o mérito do caso em questão tratava de analisar a constitucionalidade da inclusão dos valores de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ainda que na via incidental e concreta. Ou seja, foi realizado o controle de constitucionalidade, mediante interpretação conforme, que se deu, pois, sem redução de texto.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022., cf. votos dos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

<sup>290</sup> Ibidem.

<sup>291</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (RG Tema nº 69). Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 15 mar. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>. Acesso em: 26 jul. 2022. Sobre o controle de constitucionalidade, consulte-se supra, capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.3.

Além disso, não restou bem delimitada a *ratio decidendi* deste julgamento que prospectou os efeitos daquele referente ao mérito: em diversas passagens parece ter sido mais relevante o impacto orçamentário aduzido pela União nos seus embargos declaratórios do que efetivamente as razões de segurança jurídica, de modo que não foi respeitado o dever de fundamentação adequada, específica e qualificada para a aplicação de ambos os institutos.<sup>292</sup>

Estas considerações levam aos seguintes questionamentos: agiu bem o STF ao aplicar o instituto da superação para frente? Era caso de modulação ou outra solução se apresentava mais adequada?

### 3.2. Qual era a solução adequada?

De início, já se pode destacar o desacerto do Tribunal Pleno da Suprema Corte em aplicar o disposto no art. 927, § 3º do CPC, por vários fatores. Primeiro, poque a superação para frente só se justifica diante do desgaste do precedente e em razão do princípio da proteção da confiança — reflexivo da segurança jurídica —, cuja proteção alcança somente os jurisdicionados (contribuintes). Inclusive, a própria Ministra relatora, ao se referir à doutrina de Teresa Arruda Alvim<sup>293</sup>, reconhece tal assertiva, apesar de não tê-la aplicado à sua linha argumentativa. Em segundo está o fato de que somente a própria Corte Suprema pode se desvincular da horizontalidade do precedente, isto é, só pode haver a superação, seja ela prospectiva ou não, havendo um precedente anterior da própria Corte em sentido contrário. E não havia precedente cujo desgaste da congruência social ou coerência substancial ensejasse a superação. Havia somente orientações que, apesar de antigas e desgastadas (TFR e STJ), não foram formuladas pelo STF, sendo inclusive anteriores à Constituição, recordando-se que as súmulas em si não são precedentes, constituindo seus meros retratos. Quanto ao recurso repetitivo do STJ, julgado no ano de 2016, este não constituía base de confiança, pois ali se tinha a chamada zona de penumbra, na qual a questão federal examinada à luz da Constituição,

<sup>292</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022. Ver também supra, capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópicos 2.2.2. e 2.2.3.

<sup>293</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F205737881%2Fv2.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=736c849e88054dbb92ed77fba33cc619&eat=%5Bereid%3D%22736c849e88054dbb92ed77fba33cc619%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false>. Acesso em: 10 set. 2022.

apesar de formar precedente, não constitui base de confiança até que a Suprema Corte Constitucional dê a última palavra sobre a questão controvertida em um mesmo sentido.<sup>294-295</sup>

Não bastasse, o lapso temporal entre os dois julgamentos meritórios foi de menos de um ano, conforme se observa do voto da Min. Rosa Weber (vencido):

Da análise desse cenário, emerge que o lapso temporal no qual o Resp 1.444.69 produziu efeitos, a partir da lógica do sistema de precedentes, que exige a sua observância obrigatória pelos órgãos jurisdicionais integrantes da estrutura do Poder Judiciário, compreende o período entre dezembro de 2016 até outubro de 2017, se considerada como marco a data de publicação do acórdão. Mas, observada como marco temporal a data de conhecimento das decisões, o período se estende de agosto de 2016 até março de 2017. Esse lapso temporal em que vigente, com efeitos autoritativos, a decisão tomada no referido Resp, configura estado de instabilidade normativa e não estado de confiança justificada a implicarem estabilidade e previsibilidade, como sustentado pela Fazenda Nacional.<sup>296-297</sup>

Ainda, cabe destacar ponto de extrema relevância que restou consignado no acórdão em exame: o julgamento do RE nº 240.785/MG e da Medida Cautelar na ADC nº 18-5/DF.

No primeiro, a matéria versava justamente sobre o mérito da “tese do século”, que em síntese buscava verificar a compatibilidade do disposto no art. 2º da Lei Complementar de

---

<sup>294</sup> Cf. supra, p. 26–44.

<sup>295</sup> Aqui é importante referir que nos casos do Tema nº 985 de RG no STF, envolvendo o reconhecimento da constitucionalidade da inclusão dos valores pagos pelos empregadores aos empregados a título de terço de férias na base de cálculo da contribuição previdenciária (folha de salários), o STF reconheceu que o entendimento do STJ - favorável à exclusão - na dinâmica da zona cinzenta não configurava base de confiança aos contribuintes, os quais em sede de embargos declaratórios solicitaram a atribuição de efeitos prospectivos ao julgado, bem como a suspensão nacional de todos os processos, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 1.072.485/PR. Recorrentes: Sollo Sul Insumos Agrícolas LTDA.; União; Recorridos: os mesmos. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 31 ago. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral10222/false>. Ver também palestra de MITIDIERO, Daniel, em: *Modulação: o pedido formulado no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*. Vídeo de 24.04.2021, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3NDdFfBfow>. Canal do Professor Daniel Mitidiero. Acesso em: 10 set. 2022.

<sup>296</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022, p. 110.

<sup>297</sup> Menciona-se que houve um erro de mera digitação no texto original, pois referiu-se a ministra ao REsp nº 1.144.469/PR (e não “1.444.69”), cuja própria ementa identifica de plano a análise da questão federal sob a égide constitucional “1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: “XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos (...)” cf.. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). Recurso Especial nº 1.144.469/PR. Recorrentes: Fazenda Nacional; Hubner Componentes e Sistemas Automotivos LTDA. Recorridos: os mesmos. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 10 ago. 2016, Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200901124142](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901124142). Acesso em: 27 set. 2022.

1991<sup>298</sup> com o conceito de faturamento expresso na Constituição Federal de 1988, no art. 195, I, ‘b’<sup>299</sup>.<sup>300</sup> Naquele julgado, desde o ano de 1999, houve significativos indícios acerca da inconstitucionalidade da inclusão dos valores de ICMS no PIS e na COFINS. Mais precisamente, em 2006 formou-se maioria – que estava em seis a um - neste sentido.<sup>301</sup>

Diante disso, após a formação da referida maioria (2008), a União ajuizou a ADC nº 18-5/DF para que supostamente fosse declarada a constitucionalidade da cobrança. Ao que tudo indica, o intuito era meramente protelar o reconhecimento da violação à Constituição. E, em certa medida, foi obtido sucesso, pois fora concedida a medida cautelar para suspender os processos em curso que versassem sobre a matéria, incluindo o RE nº 240.785/MG, privilegiando-se o exame da questão em controle abstrato de constitucionalidade.<sup>302</sup>

Antes disso, havia sido admitido o RE nº 574.706/PR, em que se discutia a mesma matéria para a qual foi reconhecida a repercussão geral. Enfim, após questão de ordem suscitada pela recorrente no RE nº 240.785/MG, foi retomado o julgamento para prover o recurso extraordinário no sentido de que o ICMS não pode compor a base impositiva da COFINS, porque não configura faturamento do contribuinte. Neste caso, no entanto, a eficácia do julgamento ficou restrita às partes do processo, isto é, sem a autoridade vinculante típica dos precedentes. Mesmo assim, destaca-se que configurou verdadeiro julgamento-alerta<sup>303</sup> - em mais de uma oportunidade (2006 e 2014) — acerca da orientação que viria a ser adotada.<sup>304-305</sup>

---

<sup>298</sup> “Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.” (BRASIL. *Lei Complementar nº 70 de 30 de dezembro 1991*. Art. 2º).

<sup>299</sup> “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (...) b) a receita ou o faturamento;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 195, I, ‘b’).

<sup>300</sup> Ao longo do tempo, outros dispositivos infraconstitucionais foram se somando à análise da compatibilidade. No entanto, não houve redução de texto, sendo verificada a compatibilidade da interpretação dada ao termo faturamento, se ia ao encontro daquela constitucional. E por isto, excluiu-se sentido incompatível, por meio de uma interpretação conforme.

<sup>301</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 240.785/MG. Recorrente: Auto Americano S/A Distribuidor de Peças. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 08 out. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur288087/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>302</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em 13 ago. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2347/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>303</sup> Cf. supra as ideias de Antonio do Passo Cabral, p. 34–44.

<sup>304</sup> O *leading case* acabou sendo o RE nº 574.706/PR, restando prejudicado o julgamento da ADC nº 18-5/DF.

<sup>305</sup> Sobre as informações aqui retratadas, além dos julgados, menciona-se as palestras de DERZI, Misabel; MITIDIERO, Daniel; e SARMENTO, Daniel, em: *Modulação: o pedido formulado no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*. Vídeo de 24.04.2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3NDdFfBfow>. Canal do Professor Daniel Mitidiero. Acesso em: 10 set. 2022.

Enfim, toda esta linha do tempo para indicar que, não bastasse ser o garantidor e não o destinatário da proteção da confiança, o fisco não possuía base justificável para a prática da inconstitucionalidade e, inclusive, o único precedente (STJ, REsp nº 1.144.469/PR), pelo fato de estar situado em uma zona cinzenta e pelo brevíssimo período em que vigeu, não era base capaz de fundamentar o exercício da “confiança *pro* estado”. Havia, inclusive, fortes indícios de entendimento contrário à cobrança. Assim, não há de se cogitar frustração de confiança ou surpresa injusta por alteração brusca de entendimento consolidado.<sup>306</sup>

Esta verificação, no entanto, não foi feita, isto é, os requisitos materiais para que houvesse o *prospective overruling* foram deixados totalmente de lado pela maioria formada no julgado. Percebe-se, pois, que foi claro o equívoco da Suprema Corte ao aplicar o §3º do art. 927 do CPC.

Dito isso, poderia se falar em modulação? A resposta também é negativa. Veja-se que a modulação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 exige que sejam adotadas razões de segurança jurídica e excepcional interesse social para sejam modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A uma, a segurança jurídica beneficia os cidadãos frente ao Estado, pois este é o indutor da confiabilidade do ordenamento. O Estado cria o ato indutor do conjunto de confianças subjetivas individuais (perspectiva geral) dos seus cidadãos, e não suas. Por este motivo o princípio da segurança jurídica deve ser compreendido apenas em favor do contribuinte, também pelo fato de que o Estado planejador e previdente da Constituição de 1988 possui meios e recursos muito mais robustos e eficientes para se preparar ou calcular eventuais impactos orçamentários. Como exemplo, menciona-se o instrumento das Leis de diretrizes orçamentárias (LDOs) que, coincidentemente ou não, desde 2007 — após a formação da maioria no Supremo —, previam como passivo a perda arrecadatória oriunda da inconstitucionalidade em questão. Dito de outro modo, a União sabia e quis cobrar o tributo de maneira inconstitucional.<sup>307\_308</sup>

<sup>306</sup> Cf. supra as ideias de Humberto Ávila e Daniel Mitidiero, p. 34–44.

<sup>307</sup> Cf. supra, p. 44–55. Ver também palestra de DERZI, Misabel, em: *Modulação: o pedido formulado no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*. Vídeo de 24.04.2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3NDdFfBfow>. Canal do Professor Daniel Mitidiero. Acesso em: 10 ago. 2022.

<sup>308</sup> “(...) cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS na base de cálculo da COFINS: o STF discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC no 70, de 1991. (...) Entenderam os Ministros do STF estar configurada a violação ao art. 195, I, da Constituição Federal, ao fundamento de que a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento... A projeção de perdas para a União, segundo estimativas da SRF, equivale a R\$ 12,0 bilhões por ano; (...) a Lei no 9.718, de 1998, ampliou a base de cálculo da COFINS, para abarcar todas as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas. Tal alteração foi contestada pelos contribuintes, e o julgamento no STF foi desfavorável à

Assim, destaca-se que não é caso de modulação, justamente porque ausente também o requisito do excepcional interesse social, que pode ser entendido como a promoção dos direitos e garantias fundamentais de natureza constitucional em maior medida. Modular os efeitos seria convalidar a violação à propriedade dos contribuintes<sup>309</sup>, a qual, aliás, deveria ser garantida justamente por aquele que a violou.

No mais, ainda que se esteja diante de um controle de constitucionalidade exercido na via incidental e concreta — por técnica em que ausente a redução de texto —, e se tenha formado a maioria de dois terços, outro requisito não restou preenchido. A aparência de legitimidade da inconstitucionalidade — que claramente não havia, haja vista a maioria formada no STF desde 2006 —, foi perfunctoriamente abordada pelos Ministros. Ainda, não foi analisada a segurança jurídica em todas as suas dimensões e aspectos, pois inclusive, se assim o fosse, talvez tivessem os Ministros feito referência aos casos ajuizados entre a decisão de mérito (15-03-2017) e o julgamento dos embargos (13-05-2021), já que muitos haviam adquirido a estabilidade pela coisa julgada.<sup>310</sup> A modulação, neste caso, teria a sua finalidade invertida: buscaria preservar um estado de coisas mais inconstitucional do que constitucional.<sup>311</sup>

Qual era então a solução a ser adotada no que toca aos efeitos da inconstitucionalidade? A resposta a esta pergunta é mais simples do que parece: seguir a regra. Restou claro que não havia precedente anterior do STF em sentido contrário. O que havia eram sinalizações de entendimento daquela Corte justamente no sentido da inconstitucionalidade. Em relação ao STJ, o entendimento era diverso e nas Cortes de Justiça era controvertido. E é a indeterminação e a controvérsia acerca do sentido atribuível ao texto que marca o período de formação do precedente. Em 15 de março de 2017 foi formado precedente no sentido de que os valores de

---

Fazenda Nacional (RREE no 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358.273-9/RS e 346.084-6/PR). A projeção de perdas para a União, segundo estimativas da SRF, no período de 1999 a 2002, em preços de 2005 é de, aproximadamente, R\$ 26,8 milhões;” (BRASIL. *Lei nº 11.514 de agosto de 2007*. P. 19 (p. 222 pdf.) do anexo V). A partir daí, passou a constar também nos anos seguintes. Interessante ver que em 2019, por conta de acórdão do TCU, o risco de perda dos valores foi reclassificado de possível para provável, cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 1382/2019. Relatora: Ana Arraes. Relatório de Auditoria (RA) no processo nº 034.554/2018-1. Data da sessão em 12 jun. 2019. Ata de nº 21/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1382%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1382%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em 27 set. 2022.

<sup>309</sup> Se o STF asseverou a criminalidade da apropriação dos valores de ICMS destacados nas notas fiscais pelos contribuintes, justamente pelo fato de pertencerem aos estados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 163.334/SC. Recorrentes: Robson Schumacher e Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher. Recorridos: Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Ministério Público Federal. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em 18 dez. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436472/false>. Acesso em 27 set. 2022.), arrecadar inconstitucionalmente valores pertencentes ao contribuinte também o deve ser.

<sup>310</sup> Aqui faz-se apenas uma ressalva ao voto do Min. Barroso, que identificou a necessidade de se preservar a coisa julgada já formada, ainda que tenha dado a entender que isto seria apenas até 2017.

<sup>311</sup> Cf. supra, p. 34–44.

ICMS não integram o conceito constitucional de faturamento, base impositiva do PIS e da COFINS (síntese da *ratio*), cuja eficácia é, por excelência, retroativa, ressalvada a coisa julgada anterior. E a decisão foi de que é inconstitucional a inclusão do ICMS no PIS e na COFINS, cuja regra é a da nulidade com efeitos *ex tunc*.<sup>312</sup>

Assim, em não sendo caso de aplicação das exceções da modulação e da superação para frente do precedente, pelos motivos até aqui expostos, questiona-se: qual foi o verdadeiro fundamento para a prospecção dos efeitos do precedente e, conseqüentemente, da inconstitucionalidade?

### 3.3. As supostas e as verdadeiras razões para a solução adotada

Como foi dito, não era hipótese de tutela da segurança jurídica em dimensão geral ou individual e subjetiva. Assim, as diversas passagens em que os Ministros identificaram a necessidade de tutelá-la devem ser encaradas como pretexto à promoção de uma finalidade diversa. E tendo havido a formação de novo precedente no julgamento do recurso oposto pela União, deve-se identificar a sua *ratio decidendi* e a *obiter dicta*.<sup>313</sup>

Percebe-se, pelo que foi dito até aqui em alusão ao referido julgamento, que as razões de segurança jurídica não foram aquelas determinantes e suficientes à solução adotada. Assim, estas acabam por compor a *obiter dicta* do julgado. Qual foi então a *ratio decidendi*? Em uma simples leitura do inteiro teor do acórdão, percebe-se que foi a necessidade de se evitar a perda arrecadatória estatal. Os argumentos, portanto, possuem natureza consequencialista. Veja-se novamente os votos de alguns dos Ministros que formaram a maioria.

A Ministra relatora Cármen Lúcia, embora não tenha feito menção expressa à necessidade de proteção ao orçamento estatal, moldou o conteúdo das estruturas jurídicas que utiliza de argumento para a dita modulação. Dessa forma, admite, a partir de lição da doutrina<sup>314</sup>, que a segurança jurídica na sua dimensão individual subjetiva (proteção da confiança) se direciona aos cidadãos e jurisdicionados, mas que estende-se também ao Estado

<sup>312</sup> Cf. supra, p. 26–55.

<sup>313</sup> Sobre a *ratio decidendi* e a *obiter dicta*, ver supra, com as devidas indicações bibliográficas, capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.1.

<sup>314</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F205737881%2Fv2.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=736c849e88054dbb92ed77fba33cc619&eat=%5Bereid%3D%22736c849e88054dbb92ed77fba33cc619%22%5D&pg=1&ppl=p&nvgS=false>. Acesso em: 10 set. 2022.

para que este proteja as suas expectativas legítimas quando do seu planejamento fiscal, falando inclusive em “segurança jurídica dos órgãos fazendários”.<sup>315</sup> Assim, ainda que de modo implícito (criptoconsequencialismo)<sup>316</sup>, pode-se afirmar que a proteção do planejamento, na verdade diz respeito aos valores que foram arrecadados com base na inconstitucionalidade. Superar para frente ou modular os efeitos significaria evitar a perda arrecadatória, ainda que tenham sido ressalvados casos ajuizados até o julgamento de mérito.

Do voto do Min. Kassio Nunes Marques, destaca-se que este, quando se manifestou acerca da “modulação”, praticamente só abordou argumentos que dizem respeito ao potencial<sup>317</sup> impacto financeiro que a inconstitucionalidade *ex tunc* ocasionaria. E isso fica tão evidente quando diz que “Para além desse risco, considero presente a necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica.”<sup>318</sup> Ou seja, o impacto orçamentário superficialmente comprovado, disfarçado de interesse social, mereceu uma análise de maior profundidade do que a proteção da segurança jurídica, encarada de maneira subsidiária.<sup>319</sup>

Em relação ao voto do Min. Alexandre de Moraes, este em dado momento deixa explícita a necessidade de prospecção dos efeitos a fim de se evitar o prejuízo aos cofres públicos, quando refere que a retroação dos efeitos “ensejaria indesejados impactos financeiros”.<sup>320</sup> Segundo ele, “A realidade das finanças públicas do País justifica essa excepcional modulação, em vista do interesse público na preservação, tanto quanto possível, da higidez fiscal do Estado”.<sup>321</sup> Destaca-se também que o arbítrio era tamanho, que na sequência o Ministro utiliza-se de matéria jornalística divulgada em veículo de imprensa para explicitar os números do dito impacto orçamentário, o que possui baixo cunho comprobatório.<sup>322</sup>

Do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, destaca-se o seguinte excerto:

---

<sup>315</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022, p. 41.

<sup>316</sup> Cf. *supra*, nota de rodapé 222.

<sup>317</sup> “(...) Ainda que os cálculos do impacto possam não ser precisos...” *in*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022, p. 48.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>319</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 85–86.

Portanto, tenho tanto temor ao horror econômico como tenho temor ao horror jurídico. De modo que não gostaria de incidir nem em um nem em outro. Desse modo, procurarei expressar a minha posição que corresponde ao equilíbrio que deve haver entre as diferentes pretensões expostas nesse processo.<sup>323</sup>

Assim, parece restar claro que o Ministro, ao acompanhar a relatora no que toca à “superação para frente”, o fez mais com base em temores e anseios, na busca de um “justo” meio-termo a partir deles, em detrimento de argumentos jurídico-rationais que configuram os requisitos para a aplicação da modulação de efeitos e da superação dos precedentes. Destaca-se, no entanto, que também demonstrou em alguma medida preocupação com a segurança jurídica ao mencionar a necessidade de proteção dos casos transitados em julgado.<sup>324</sup>

Sem mais delongas, importante fazer menção a dois votos vencedores: ao do Ministro Luiz Fux e do Ministro Gilmar Mendes.

O primeiro, novamente com respeito, parece surpreendentemente contraditório, pois inicia identificando que não há surpresa ou confiança estatal a ser tutelada, tendo em vista que o entendimento acerca da inconstitucionalidade já possuía estabilidade há mais de 15 anos (RE nº 240.785/MG), com previsão de possível impacto nas LDOs desde 2007, com a alteração do risco de perda de possível para provável pelo Tribunal de Contas da União (TCU). No entanto, entende que há surpresa quanto à pandemia da COVID-19 que justificaria a prospecção dos efeitos do precedente. Ou seja, após dizer, ainda que indiretamente, que não restavam preenchidos os requisitos para aplicação do art. 927, § 3º, do CPC/2015 — e muito menos os do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 —, manifestou-se pela atribuição de efeitos prospectivos ao precedente formado no julgamento de mérito.<sup>325</sup>

Já o Min. Gilmar Mendes faz menção expressa às consequências que adviriam com o julgamento, entendendo que deve-se observar o disposto no art. 20 da LINDB para se atribuir efeitos prospectivos ao precedente de mérito.<sup>326</sup> Também destaca, nas suas palavras, que “nosso mister constitucional inclui a proteção dos direitos fundamentais do contribuinte contra qualquer ação do fisco, [...] mas também a defesa das competências constitucionais tributárias

---

<sup>323</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021, p. 99. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>324</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>325</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022. p. 174-175.

<sup>326</sup> Cf. supra, nota de rodapé nº 225.

e, devo dizer, da arrecadação tributária”.<sup>327</sup> Ou seja, não ignora a necessidade de proteção às expectativas dos contribuintes, mas busca chegar a um meio-termo entre esta e a necessidade de arrecadação tributária pelo Estado, adotando posição que se afasta dos rigorosos fundamentos jurídicos necessários à aplicação dos institutos em questão. As justificativas, pois, são de natureza consequencialista para atribuir efeitos prospectivos à inconstitucionalidade.<sup>328</sup>

E ainda que já tenham sido assentadas as premissas teóricas concernentes a esta análise, aqui é importante mencionar que na lição doutrinária de Humberto Ávila sobre o consequencialismo, este usa como exemplo exatamente a situação do caso aqui analisado (“a tese do século”): a manipulação dos efeitos *pro futuro* do reconhecimento de uma inconstitucionalidade como técnica para evitar a indesejada consequência que seria a restituição de valores destinados a importantes gastos públicos ao patrimônio individual dos contribuintes.<sup>329</sup>

É natural que haja entendimentos diversos sobre a utilização de argumentos consequencialistas na prática judicial, de modo que se respeita, pois, a posição adotada pelos Ministros. No entanto, mesmo quem veja com bons olhos esta prática argumentativa, entende que existem limites quando da sua utilização, o que também não parece ter sido muito observado pela Suprema Corte na ocasião em questão.<sup>330</sup>

E aqui posiciona-se de modo diverso, porquanto a prospecção dos efeitos de um precedente ou de uma declaração de inconstitucionalidade, quando por argumentos consequencialistas, acaba por privilegiar um estado não ideal de maior insegurança, desvirtuando-se aquela, pois, de sua finalidade, o que explicitar-se-á a partir de agora.

### **3.4. Os problemas decorrentes da indevida prospecção dos efeitos de precedentes e de decisões em controle de constitucionalidade**

Em um primeiro plano, a afetação do estado ideal que busca a segurança jurídica a promover resta bem clara.

A cognoscibilidade resta prejudicada, pois ao se anular algo que era escancaradamente nulo, isto é, prospectar os efeitos de uma tributação sabidamente inconstitucional, em

<sup>327</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022, p. 168.

<sup>328</sup> Ibidem, *loc. cit.*

<sup>329</sup> ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 56–58.

<sup>330</sup> Cf. Teresa Arruda Alvim supra, na nota de rodapé nº 225.

desatenção ao requisito da aparência de legitimidade do ato, lei ou prática, o significado de “inconstitucional” perde o seu valor. Isso, porque passa a significar “inconstitucional desde que e a partir de quando a Suprema Corte o diga”, e não mais “inconstitucional desde quando o constituinte originário estabeleceu os significados mínimos constitucionais”. Assim, a efetividade (segurança *pro futuro*) do Direito fica prejudicada em dois planos: no primeiro, porque as consequências da inconstitucionalidade que via de regra seriam aplicáveis desde 1988, passam a valer a partir de momento incerto, se o STF o vier a dizer e a partir de quando definir as suas incidências; no segundo, porque os meios pelos quais o direito torna-se efetivo — tutela jurisdicional mediante mandado de segurança, por exemplo —, tornam-se ineficazes se, conforme o caso, um contribuinte busca tutelar o seu direito à restituição de valores após o marco de vigência definido pela Corte Constitucional brasileira.<sup>331</sup>

Deste modo, a confiabilidade resta prejudicada, pois não há como se confiar no Direito sem se ter ao menos delimitados indícios do seu significado e de que a situação jurídica já consolidada não restará atingida. Assim, a confiança que se tinha quando da prática de um ato de que a ele seria aplicável determinada consequência resta frustrada pela atribuição de resultado diverso. E torna-se também incalculável, pois impossível antever a consequência de uma inconstitucionalidade, já que a aplicação descriteriosa da modulação dos seus efeitos flexibiliza a incidência desta futuramente, caso desejem os intérpretes evitar novamente uma determinada consequência e este critério prevalecer sobre os elencados pelo legislador.<sup>332</sup>

Assim, um estado de cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e a decorrente efetividade da ordem jurídica, dão lugar à extrajuridicidade, à arbitrariedade, à aleatoriedade e à ineficácia do ordenamento pátrio, de modo que não há liberdade e tratamento isonômico às pessoas para que planejem as suas vidas dignamente. Viola-se, como decorrência, o Estado de Direito.<sup>333</sup>

Um outro problema, verificável de maneira mais concreta, decorre da regra de transição estabelecida no julgado ora analisado. Isso porque ao estabelecer que os efeitos são *ex nunc* a partir de 2017, mas ressalvadas apenas as ações já ajuizadas até então, houve um lapso temporal de mais de 04 anos em que muitos contribuintes buscaram na jurisdição a tutela adequada, tempestiva e efetiva para os seus direitos. Adequada, pois havia precedente formado no mérito vinculante às Cortes inferiores (*stare decisis*), aplicável desde sua publicação aos casos pendentes (art. 1.040 do CPC/2015). Tempestiva, pois não havendo controvérsias — e mesmo

---

<sup>331</sup> Consulte-se supra as ideias de Humberto Ávila, no capítulo 2, subcapítulo 2.1. e subcapítulo 2.2., tópico 2.2.3.

<sup>332</sup> Cf. supra, p. 44-55.

<sup>333</sup> Cf. supra, p. 44-55.

que houvesse —, deveria ser concedida de forma célere. Efetiva, pois intangível diante da formação da coisa julgada material e, a partir daí, exequível, seja na via administrativa ou na judicial.<sup>334</sup>

No entanto, em recentes decisões as Cortes de Justiça têm entendido pela rescindibilidade daqueles processos ajuizados após a decisão de 15 de março de 2017 e transitados em julgado antes do dia 13 de maio de 2021.<sup>335</sup> E o fundamento destas ações rescisórias tem sido, em síntese, a adequação dos casos à “modulação dos efeitos” ocorrida no *leading case*. Diante disso, a diferença entre os valores aos quais o contribuinte obteve o direito à restituição (até os 05 anos anteriores ao ajuizamento) e aqueles que, segundo o STF, poderiam

<sup>334</sup> Sobre as características da tutela jurisdicional, novamente, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 279-294.

<sup>335</sup> Cita-se: “1- Reconhece-se o cabimento de ação rescisória para adequar decisão que contrariou entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da modulação de julgamento proferido em sede de Repercussão Geral (RE 574.706), desde que respeitado o prazo previsto na legislação processual em vigor; 2. Conforme entendimento firmado pela Suprema Corte, é devida a exclusão do ICMS destacado em notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS a partir de 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento; 3. Ação rescisória julgada procedente para adequar o acórdão deste Tribunal à modulação de efeitos efetivada em sede de embargos de declaração.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Ação Rescisória (Primeira Seção) nº 5036015-93.2021.4.04.0000. Autor: União. Réu: Máquinas Sanmartin LTDA. Relatora: Des. Luciane Amaral Corrêa Münch. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julgado em 02 jun. 2022, cf. ementa. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40003249205&versao\\_gproc=4&crc\\_gproc=e86676da](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40003249205&versao_gproc=4&crc_gproc=e86676da)).

“1.A ação rescisória é um remédio excepcional, cuja finalidade é a de desconstituir a coisa julgada material, e que, portanto, só pode ser admitida nos estritos termos previstos no CPC.

2. Concluiu a decisão monocrática que a demanda de origem foi aforada após 15 de março de 2017, mas o julgado rescindendo assegurou a compensação com efeitos retroativos a cinco anos, ou seja, em descompasso com o que veio a decidir o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 574.706 ED.

3. Agravo não provido.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Agravo Interno em Ação Rescisória (Segunda Seção) nº 5020377-47.2021.4.03.0000. Autor: União. Réu: Talie Indústria, Comércio, Exportação e Importação de Confecções e Acessórios LTDA. Relator: Des. Federal Nelton Agnaldo Moraes dos santos. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Julgado em 07 jul. 2022, cf. ementa. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em 27 set. 2022.); e

“1. Trata-se de Ação Rescisória ajuizada pela União Federal (Fazenda Nacional) em 19/07/2021 contra COMPANHIA SUL SERGIPANA DE ELETRICIDADE - SULGIPE, por meio da qual pretende rescindir coisa julgada formada em sede de mandado de segurança reconhecendo a inexigibilidade do PIS/COFINS sobre os valores pagos a título de ICMS, bem como reconhecendo o direito aos créditos relativos aos valores indevidamente pagos nos cinco anos anteriores à impetração, ocorrida em 28 de março de 2017 (Mandado de Segurança 0800184-53.2017.4.05.8502, que tramitou perante o Juízo Federal da 1ª Vara/SE e a 1ª Turma deste TRF5 - rel. Des. Federal Alexandre Luna, com trânsito em julgado em 22/07/2019). (...) 8. A sentença proferida em 2017 estava de acordo com o entendimento do STF à época, mas a posterior modulação de efeitos restringiu o reconhecimento da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS aos fatos posteriores 15 de março daquele mesmo ano, considerando que a ação foi ajuizada em 28 de março de 2017, de modo que a coisa julgada tornou-se contrária a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal, sujeitando-se à rescisão de que tratam os artigos 525, §12 e §15, e 535, §8o, do CPC/2015. (...) 10. Ação rescisória procedente (direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS somente a partir de 15/03/2017). Sem honorários (ação rescisória de julgado proferido em mandado de segurança).”

(BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Ação Rescisória (Tribunal Pleno) nº 08083892720214050000 Autor: União. Réu: Companhia Sul Sergipana de Eletricidade – Sulgipe. Relator: Des.Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Julgado em 23 fev. 2022, cf. ementa. Disponível em: <https://juliapesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/#resultado>. Acesso em 27 set. 2022.).

ser restituíveis (até 15-03-2017), perdem a proteção da coisa julgada e podem ser recuperados pelo fisco.

Com o respeito às referidas Cortes, entende-se que este entendimento é equivocado. Primeiro, porque está-se falando em precedentes diferentes. No *leading case*, há um precedente formado no mérito (razões determinantes de direito constitucional tributário) e no julgamento dos embargos de declaração (razões determinantes de “segurança jurídica”). Assim, tem-se precedentes diferentes formados em momentos também diversos, de modo que, quando da sua formação, estes retroagem apenas aos casos pendentes, isto é, aqueles não transitados em julgado.<sup>336</sup>

E destaca-se que as suas vinculatividades respondem a momentos diferentes também. Isto é, quando formado o primeiro precedente, possuíam os próprios Tribunais Regionais Federais o dever de aplicar o mérito daquele julgamento: o ICMS não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS desde 1988, porquanto inconstitucional a inclusão (*ex tunc*). Em não agindo assim, estaria a Corte de Justiça violando a verticalidade do precedente, até porque não havia hipótese de *distinguish*. A decisão de inconstitucionalidade fundada neste precedente também não seria aplicada, o que ensejaria reclamação às Cortes Supremas — no caso o STF —, e o ajuizamento de ação rescisória se a decisão do caso individual transitasse em julgado (art. 966, V).<sup>337</sup>

E, como restou assentando anteriormente, todos os valores relacionados com o *stare decisis* possuem ligação com a ideia de uma ordem jurídica estável. A ideia de se manter ao que foi decidido é justamente não tornar instável aquilo já estabilizado, isto é, não causar distúrbios à paz. Assim, é no mínimo contraditório perturbar a ordem jurídico-social por meio da rescisão da coisa julgada fundada na obediência à autoridade do que foi decidido supervenientemente para fins de estabilidade.<sup>338</sup>

Perceba-se que, em um cenário hipotético, se as decisões agora objeto de rescisão à época em que foram proferidas não observassem a autoridade do precedente e da decisão de mérito, poderiam ser objeto ou de reclamação, ou de ação rescisória em caso de trânsito em julgado. Nesta segunda hipótese, teria o jurisdicionado o direito à rescisão (art. 966, V, § 5º, do CPC). Julgando-se procedente a rescisória, suponha-se novamente que se forme coisa julgada. O contribuinte, então, confiando na proteção objetiva e individual que lhe foi conferida, passa

---

<sup>336</sup> Cf. supra, p. 26–34 e 44–55.

<sup>337</sup> Sobre o tema da reclamação: MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 60–74.

<sup>338</sup> Ver supra, em especial as ideias de Frederick Schauer e de Daniel Mitidiero sobre o *stare decisis*, no capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.1.

a exercer o seu direito de reaver os valores. No entanto, após o dia 13 de maio de 2021, a União ajuíza nova ação rescisória, com fundamento em uma dita proteção à segurança jurídica. Aceitar a rescisão novamente, tornaria a coisa julgada uma mera ficção. Até porque, se o Contribuinte recorresse desta na via do recurso extraordinário e sendo-lhe reconhecida repercussão geral, caso o STF declarasse inconstitucional o cabimento das rescisórias nestes casos, isto é, os artigos 525, § 15, e 535, § 8º, ambos do CPC, mas modulasse os efeitos desta inconstitucionalidade, os seus pares poderiam rescindir novamente a coisa julgada. Se não ficou claro este exemplo hipotético, evidencia-se o cenário confuso (inseguro) futuro e atual proporcionado pelas Cortes de Justiça, decorrente da má aplicação pela Corte Suprema Constitucional dos institutos da superação para a frente e da modulação dos efeitos.

É por este motivo, em especial quando se tem orientação do próprio STF vigente à época que deve ser observado o precedente formado em *Metabel* (Tema nº 136 de RG no STF), pela aplicabilidade da Súmula nº 343 do STF. Os TRFs, no entanto, o têm afastado, sendo importante destacar este fundamento constante de algumas decisões nestas ações rescisórias, nas palavras do Professor e desembargador federal Leandro Paulsen:

Reitero que a alusão a uma suposta aplicabilidade da orientação firmada por ocasião do julgamento do tema 136 pelo STF, bem como da Súmula 343 da mesma corte não se sustenta. O tema 136 estabeleceu a compreensão de que não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente. Paralelamente, a Súmula 343 do STF preconiza que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Ocorre que o precedente do tema 136 foi cristalizado em 2009 e a Súmula 343 no longínquo ano de 1963, ou seja, muitos e muitos anos antes da entrada em vigor do CPC de 2015. Assim, por evidente, o debate subjacente ao tema 136 e Súmula 343 do STF não versava acerca da superveniente declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade proferida pela própria Corte ou sobre eventual modulação de efeitos por ela realizada já sob à égide do atual sistema processual.<sup>339</sup>

No entanto, a referida interpretação não condiz com o modelo atual de Cortes Supremas. De início, cumpre referir que o julgamento do referido precedente se deu em 2014, apenas um ano antes da publicação do Código de Processo Civil. A duas, é certo que o legislador não está vinculado ao *stare decisis*. No máximo deve observar o controle preventivo de constitucionalidade realizado nas CCJs. Percebe-se, contudo, que o precedente formado em

---

<sup>339</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Ação Rescisória (Primeira Seção) nº 5036893-18.2021.4.04.0000. Autor: União. Réu: OIW — Informática LTDA. Relator: Des. Leandro Paulsen. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julgado em: 1º set. 2022. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40003405316&versao\\_gproc=3&crc\\_gproc=86a3f5c3](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40003405316&versao_gproc=3&crc_gproc=86a3f5c3). Acesso em: 26 set. 2022.

*Metabel* é de natureza constitucional. Isto é, sendo o Direito indeterminado, o STF outorgou sentido ao texto, mediante atividade interpretativa vinculada à Magna Carta. E por este motivo não se pode dizer que houve a revogação ou, pior ainda, a superação de *Metabel* pelo legislador ordinário em 2015. Os intérpretes da 1ª e da 2ª instância, enquanto não houver o devido *overruling* do precedente ali formado pelo próprio Supremo, estão obrigados a observá-lo, salvo se e somente se for realizado o *distinguish*, o que *in casu*, pelos termos do próprio julgador não era cabível. Deste modo, não pode a Corte de Justiça sustentar o desgaste do precedente ou a alteração da legislação infraconstitucional para superá-lo.<sup>340</sup>

Quanto ao argumento de que o referido precedente supostamente não fez referência aos casos de declaração de (in)constitucionalidade superveniente, o voto do Min. relator Marco Aurélio naquela ocasião deixa claro que, havendo a dissociação entre texto e norma, e esta última sendo o resultado da interpretação, a orientação do STF exprime uma norma de natureza constitucional, que deve ser observada. Necessário, pois, transcrever *in litteris* os referidos fundamentos:

Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica.<sup>341</sup>

Assim, a superveniente alteração desta interpretação não poderia retroagir, aplicando-se a Súmula nº 343, sob pena de estar-se relativizando regra com status de cláusula pétrea na Constituição de 1988.<sup>342</sup>

Deste modo, há uma verdadeira arbitrariedade na procedência destas ações rescisórias, sob a forma do particularismo<sup>343</sup>, pois a regra da coisa julgada imutável conforme a Constituição e art. 502 do CPC (A) e intangível segundo *Metabel* e Súmula nº 343 (B), mesmo que seja formado ou superado precedente superveniente (C ou D), ou haja decisão de (in)constitucionalidade ou decisão moduladora de efeitos superveniente (E ou F), salvo nas

<sup>340</sup> Sobre o *stare decisis*, o *distinguish* e o *overruling*, ver *supra*, o capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópicos 2.2.1. e 2.2.2., em especial as ideias de Frederick Schauer, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni.

<sup>341</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 590.809/RS. Recorrente: *Metabel* Indústria Metalúrgica LTDA. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 22 out. 2014, p. 10. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur285924/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>342</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 590.809/RS. Recorrente: *Metabel* Indústria Metalúrgica LTDA. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 22 out. 2014, p. 10 e p. 12. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur285924/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>343</sup> Ver doutrina de Humberto Ávila e Daniel Mitidiero *supra*, no capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.4.

taxativas hipóteses do art. 966 do CPC/2015 (G) passa conter a expressão “e salvo se para adequar à modulação de efeitos (X)”, conforme a interpretação dos TRFs. Esta nova exceção (X), no entanto, disfarça-se que resta fundamentada no § 15 e § 8º dos arts. 525 e 535 do CPC, respectivamente. Estes, no entanto, são contraditórios, tendo em vista que os parágrafos antecedentes exigem que não tenha havido o trânsito em julgado da decisão, conforme o que propõe a doutrina antes referida.<sup>344</sup>

Assim, a nova exceção estabelecida à regra é oriunda de um juízo próprio do intérprete, tendo em vista que a prospecção dos efeitos de uma inconstitucionalidade ou de suas razões determinantes não são exceções à regra da intangibilidade da coisa julgada. A doutrina, em interpretação ao § 14 e § 7º dos artigos suprarreferidos, aventa a possibilidade de que a “modulação” (superação) constitua na verdade uma ressalva à coisa julgada, pois entende que esta não é intangível à regra da retroatividade.<sup>345</sup> E outra parcela da doutrina entende que a coisa julgada, em caso de precedente e decisão de inconstitucionalidade superveniente do STF somente pode retroagir em caso de ressalva expressa e bem justificada da referida Corte.<sup>346</sup>

Enfim, são inúmeros os argumentos contrários à rescindibilidade destes julgados. É claro que, novamente, respeita-se a posição da Cortes de Justiça, porquanto amparada em entendimentos diversos do aqui adotado, seja na doutrina ou na jurisprudência.<sup>347</sup> Contudo, conforme aqui se posiciona, é importante perceber que a dita “segurança jurídica”, justificadora da suposta “modulação de efeitos”, está servindo de fundamento justamente à insegurança: a aniquilação do instrumento jurídico que serve à sua proteção em um âmbito individual e objetivo. Dessa forma, não bastasse os problemas da falta de cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade decorrentes da má aplicação dos institutos antes referidos, há ainda outro em cascata facilmente verificável, que é a indevida relativização da coisa julgada.

A partir disso, necessário destacar, ainda que de maneira sucinta, quais seriam as possíveis soluções, à luz do princípio da segurança jurídica, para os referidos problemas.

### **3.5. As possíveis soluções à insegurança, à luz da segurança**

Em primeiro lugar, é necessário destacar as soluções em uma ordem decrescente de segurança, ou crescente de insegurança. Isto é, começa-se por aquelas que “cortam o mal pela

---

<sup>344</sup> Ver ideias de Luiz Guilherme Marinoni supra, no capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.4.

<sup>345</sup> Ver ideias de Teresa Arruda Alvim supra, no capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.4.

<sup>346</sup> Ver ideias de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero supra, no capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.4.

<sup>347</sup> Ver ideias de Teresa Arruda Alvim e Welder Queiroz dos Santos supra, no capítulo 2, subcapítulo 2.2, tópico 2.2.4, em especial na nota de rodapé nº 263. Sobre jurisprudência contrária, ver supra nota de rodapé nº 256.

raiz”, e prossegue-se para as que possibilitam ao menos a solução parcial dos problemas aqui percorridos.

Em primeiro lugar, de maneira totalmente preventiva, é necessário que haja a correta compreensão e, por corolário, a adequada aplicação dos mecanismos que visam a promover o princípio da juricidade diante do devir temporal do Direito. Ou seja, a compreensão ideal dos precedentes e da sua vinculatividade (*stare decisis*), seja ela vertical ou horizontal, permite identificar quando ocorre a mera formação de precedente, ou quando deve haver a sua superação. Neste segundo caso, verificando-se minuciosamente os requisitos da base, exercício e frustração da confiança, para que esta reste protegida, pode-se prospectar os efeitos desta superação (art. 927, § 3º, do CPC).

No mais, identificando-se corretamente as técnicas de decisão pelas quais pode ocorrer o controle de constitucionalidade, havendo a declaração ou o reconhecimento de uma inconstitucionalidade, pode ocorrer a modulação dos efeitos (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Para tanto, necessário que se verifiquem requisitos de natureza material, sendo eles: as razões de segurança jurídica, a qual deve ser considerada em todos os seus aspectos e dimensões; o excepcional interesse social, que pressupõe um menor potencial ofensivo à Constituição, este verificável por meio de uma ponderação que considera a Supremacia da Constituição de modo multidirecional; e o requisito da aparência de legitimidade do ato, lei ou prática cuja inconstitucionalidade fora reconhecida. Por fim, é necessário o contraditório específico, o quórum de dois terços e a fundamentação qualificada.

Estivessem bem delineados todos estes conceitos pelos intérpretes, o caso em estudo teria tido a solução correta: a não aplicação dos institutos da superação para frente ou da modulação de efeitos, sendo caso de mera formação do precedente. Isto pôde ser observado, no entanto, nos votos vencidos, e em especial o da Ministra Rosa Weber que, não fosse vencida, evitaria os problemas de cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade decorrentes do arbitrário consequencialismo adotado pela maioria dos Ministros. E, por corolário, restaria incólume a coisa julgada formada anteriormente.<sup>348-349</sup>

A segunda solução diz respeito às técnicas preventivas relacionadas à segurança como continuidade do ordenamento. Não há como negar a mudança e, para tanto, deve-se estar preparado para que não haja surpresas. Nesta linha, poderia o Tribunal Pleno do STF ter

---

<sup>348</sup> Na linha do que propuseram os vencidos Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio Mello e, em especial, a Min. Rosa Weber, com um voto tecnicamente impecável.

<sup>349</sup> Na linha das premissas expostas no capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópicos 2.2.2. e 2.2.3., relacionadas em especial à proposta de distinção de Daniel Mitidiero.

considerado o julgamento do RE nº 240.785/MG como uma espécie, ainda que análoga, de julgamento-alerta. Isso porque desde 2006 entendeu-se pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS no conceito de faturamento, base de cálculo da COFINS e do PIS, o que se consolidou em 2014. Optou a Suprema Corte justamente por não atribuir vinculatividade ao julgado para que não houvesse surpresas no que toca à segurança jurídica. No entanto, sinalizou a partir dali entendimento pela inconstitucionalidade, de modo que as bases de confiança até então vigentes<sup>350</sup> passariam a não ter mais status capaz de justificar o exercício a partir delas. Na hipótese de superar estas bases, para que não houvesse frustração, poderia o STF ter fixado data diversa daquela do mérito (15-03-2017), passando-a ou para o ano de 2006, quando da formação da maioria, ou para 2014, quando do julgamento definitivo do RE nº 240.785/MG. Destaca-se que aqui não cabe a crítica concernente à base especulativa, pois houve a concretização posterior do entendimento expresso no julgamento alerta. No entanto, ainda assim é preciso destacar que esta solução é um tanto quanto paliativa, pois está-se protegendo a confiança subjetiva de entidade jurídica desprovida desta: o Estado. Além disso, seria também importante que o STF, nesta hipótese, ressalvasse todos os casos ajuizados até 2021. Ou seja, seriam protegidas as pretensões dos contribuintes contra a União apenas de 2014 ou de 2006 para trás, exceto aqueles que, até 2021, possuísem ações já ajuizadas. Amenizar-se-ia de maneira brusca, assim, a insegurança que se apresentou no caso analisado.<sup>351</sup>

Outra solução já bem mais paliativa assume a ocorrência da indevida aplicação dos institutos da superação para a frente e da modulação, como foi feito no julgado, mas buscaria evitar as posteriores ações rescisórias. Basicamente, à semelhança das técnicas preventivas oriundas do *Common Law*<sup>352</sup>, poderiam os Ministros atender ao pedido de suspensão nacional dos processos em curso, ao menos para se evitar a formação de coisa julgada ante a possibilidade de manipulação dos efeitos. Mas veja-se que esta solução não pode e não deve ser apresentada de maneira anacrônica. Isso, porque de maneira análoga, foi o que ocorreu na prática<sup>353</sup>, de modo que não houve proteção alguma aos casos transitados em julgado. No

---

<sup>350</sup> Lembrando que a referida técnica considera jurisprudência consolidada como base. Assim, o posicionamento do STJ expresso em súmula poderia ser base, cf. as ideias de Antonio do Passo Cabral, com as devidas indicações bibliográficas, no capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.2.

<sup>351</sup> Cf. as ideias de Antonio do Passo Cabral no capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.2.

<sup>352</sup> Hipótese semelhante à do *signaling*, com as devidas indicações bibliográficas, no capítulo 2, subcapítulo 2.2., tópico 2.2.2.

<sup>353</sup> O Min. Presidente (à época) Luiz Fux enviou ofício às Cortes inferiores para que mantivessem sobrestados os processos alcançados pelo âmbito de incidência do precedente. O fez, no entanto, somente em 2021, o que de nada adiantou em relação às coisas julgadas já formadas, cf. BACELO, Joice. *Fux paralisa processos sobre exclusão do ICMS do PIS/COFINS nos tribunais regionais*. Valor Econômico, Rio de Janeiro, em 16-03-2021, reportagem disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/03/16/fux-paralisa-processos-sobre-exclusao-do-icms-do-pis-cofins-nos-tribunais-regionais.ghtml>. Acesso em 28.09.2022.

entanto, tivesse sido proferida orientação neste sentido ainda em 2017<sup>354</sup>, sinalizando a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos ao mérito do *leading case*, proteger-se-ia a segurança jurídica em sua dimensão objetiva e individual. Ainda que pudesse se falar em afetação da tempestividade na prestação da tutela jurisdicional aos casos concretos, esta não possui qualquer eficácia se não for estável. Assim, melhor esperar um pouco para se ter uma solução mais — e não totalmente — adequada e efetiva, como se observou na análise nesta segunda parte.

Menciona-se também outra possibilidade preventiva, também um tanto quanto paliativa, semelhante às técnicas do *antecipatory overruling*.<sup>355</sup> Isto é, poderia ter a Corte de Justiça deixado de aplicar o precedente de mérito, quando publicado, sobrestando o processo até que se decidisse acerca dos efeitos daquele. Veja-se que esta solução é mais complexa, pois se poderia argumentar que estar-se-ia violando a regra do *stare decisis* vertical, a qual já comporta a sua hipótese de não incidência - o *distinguish*. No entanto, repete-se que a referida regra possui forte relação com valores concernentes à estabilidade do ordenamento jurídico, para que possa promover a liberdade e a isonomia. Logo, quando privilegiados estes valores, não se estaria violando o *stare decisis* e a autoridade do precedente, mas apenas postergar-se-iam as suas incidências, de modo a melhor promover os fins referidos.<sup>356</sup> Seria uma solução semelhante à anteriormente exposta, só que oriunda das próprias Cortes de Justiça. E isto pode ser verificado em outro caso prático, relacionado ao Tema nº 985 de repercussão geral no STF. Nestes casos, o STF reconheceu a constitucionalidade da inclusão dos valores pagos a título de terço de férias na folha de salários, base de cálculo da contribuição previdenciária. Antes disso, o STJ havia entendimento em sentido diverso (zona de penumbra), de modo que os contribuintes solicitaram a superação do precedente para a frente, bem como a suspensão nacional dos processos em curso.<sup>357</sup> Deste modo, a solução apresentada pelo TRF4<sup>358</sup> ao menos previne a afetação futura

---

<sup>354</sup> Aqui, sem entrar no mérito de quem deveria ter proferido tal orientação.

<sup>355</sup> Cf. supra, p. 34–44.

<sup>356</sup> Cf. supra, p. 26–34.

<sup>357</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 1.072.485/PR. Recorrente: Sollo Sul Insumos Agrícolas LTDA. Recorrente: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 31 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5255826>. Acesso em: 26 set. 2022.

<sup>358</sup> “Em prestígio à segurança jurídica, à proteção da confiança, à isonomia e à previsibilidade das decisões judiciais, é de ser deferida a pretensão de sobrestamento do feito até que sobrevenha o julgamento, pelo STF, dos embargos de declaração no RE nº 1.072.485 (RG Tema nº 985 STF), com pedido de modulação dos efeitos (...)” cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Primeira Seção. Agravo Interno em Apelação Cível nº 5004501-55.2013.4.04.7000. Recorrente: Hospital Sugisawa LTDA. Recorrida: União. Relator para Acórdão Marcelo de Nardi. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julgado em 4 ago. 2022. cf. ementa. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40003429262&versao\\_gproc=5&crc\\_gproc=37606bb7](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40003429262&versao_gproc=5&crc_gproc=37606bb7). Acesso em: 28-09-2022.

da coisa julgada, o que, aliás, indica que o próprio Tribunal considerou problemático o cenário das ações rescisórias nos casos envolvendo a “tese do século”.

Por fim, resta mencionar a mais paliativa de todas, mas ainda assim, em alguma medida, protetiva da segurança jurídica, que é o descabimento das ações rescisórias frente ao julgamento realizado nos embargos de declaração do *leading case*. Isso, porque a pretexto de se modular efeitos ou superar para frente um precedente, tendo como fundamento justamente a segurança jurídica, não se pode utilizá-la como justificativa para a rescisão de uma de suas principais dimensões — densificada no ordenamento constitucional inclusive —, aquela atinente à proteção objetiva e individual de situações jurídicas consolidadas no passado: a coisa julgada. Esta deve permanecer incólume frente a direitos, precedentes e decisões supervenientes, sob pena de sua aniquilação. A legitimidade do discurso realizado por um juízo de primeiro e de segundo grau precisa ser protegida para que seja jurídico. Este necessita de estabilidade, pois do contrário transforma-se em mera opinião ou discurso prático, o qual pode ser revisto e revogado a qualquer tempo. Para que não se condicione a existência deste instituto à um possível e posterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou até mesmo do Superior Tribunal de justiça, mas sim ao trânsito em julgado do caso individual e ao exaurimento da sua cognição, o descabimento das rescisórias é medida repressiva que se impõe.<sup>359</sup>

Deste modo, percebe-se que as soluções aqui propostas foram encaradas sob a ótica dos problemas de segurança jurídica, mais especificamente o da arbitrariedade e o da afetação da coisa julgada, respectivamente. Assim, a primeira medida, como em efeito dominó, previne ambos os problemas. A segunda ameniza o primeiro e evita o segundo. A terceira é preventiva em relação ao segundo, como é igualmente a quarta. E a quinta e última solução proposta visa a reprimir apenas a segunda violação para que se tenha um mínimo de proteção da segurança jurídica.

Concluída a análise do caso e estabelecidas as possíveis soluções que infelizmente ao caso objeto deste estudo já não mais se aplicam, à exceção da última, busca-se também a sinalização dos problemas aqui enfrentados para o futuro, a fim de que não voltem a ocorrer, por exemplo, nos casos envolvendo o terço de férias e aqueles referentes às restituições de imposto de renda decorrentes da sua não incidência sobre os valores de pensão alimentícia.<sup>360</sup>

---

<sup>359</sup> Cf. *supra*, p. 55–66.

<sup>360</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.422/DF. Requerente: Instituto Brasileiro de Direito de Família — IBDFAM. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 06 jun. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4893325>. Acesso em: 26 set. 2022.

Nestes casos há a possibilidade de prospecção dos efeitos pela superação e pela modulação, mas a incerteza gerada pela inadequada aplicação dos institutos faz com que absolutamente ninguém consiga prever quais serão as consequências da constitucionalidade e da inconstitucionalidade, respectivamente. Por sua vez, os casos individuais que durante este período vão adquirindo a proteção da coisa julgada veem-na novamente condicionada a posterior pronunciamento do STF.

*In fine*, parte-se às considerações finais deste trabalho.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se neste trabalho, inicialmente, realizar uma investigação dos conceitos que circundam o caso problema, com a utilização da doutrina e da jurisprudência, a fim de que fossem estabelecidas as premissas teóricas para a análise e o estudo do caso prático. A partir de todas as referências bibliográficas, legislativas, precedentes e jurisprudência, bem como de outras fontes de informação, após a análise e estudo dos problemas práticos estabelecidos, é possível tecer algumas conclusões.

O Direito deve sempre buscar a estabilidade ou, ao menos, a continuidade normativa. É certo que o mundo dos fatos, as inovações tecnológicas, culturais, e muitos outros fatores influenciam os significados atribuíveis aos dispositivos normativos. Diante disso, natural que conceitos antes compreendidos de um jeito se desgastem e passem a ser entendidos de outro, a ponto de demandar o surgimento de novas bases para que possam os sujeitos de direitos ter um norte bem definido quando das suas navegações em águas turvas. Outras vezes, o devir do mundo fático não é suficiente, contudo, para alterar significados bem firmes, consolidados e já presentes na linguagem dos dispositivos jurídicos.

Nessa mudança constante, há de se atentar aos perigos que podem tornar a ordem jurídica inavegável. Tais perigos estão normalmente associados à indevida flexibilização de regras, aplicação descriteriosa de institutos jurídicos e decisões embasadas em técnicas argumentativas que podem ser traiçoeiras a quem não está acostumado com a navegação. E é na segurança jurídica, em mecanismos como a superação dos precedentes, a modulação de efeitos e a coisa julgada que se pode conviver com a mudança de modo que esta não afunde a embarcação. Mas para que funcionem, mister sejam muito bem compreendidos e aplicados os referidos institutos: o da modulação de efeitos e o a superação dos precedentes, em especial a prospectiva, sob rígidos critérios. Fora deles, a sua aplicação somente ocorre mediante estratégias argumentativas que violam o princípio da segurança jurídica em seu cerne, tornando os cidadãos e jurisdicionados mais sujeitos a arbitrariedades, aleatoriedades e incertezas, que ocasionam a desconfiança no ordenamento. Afunda-se o barco.

A partir da análise do caso-problema — e definitivamente é um caso problemático —, percebeu-se que uma devida e criteriosa análise dos institutos possivelmente aplicáveis à espécie não ocorreu. As verdadeiras razões para a manipulação dos efeitos do julgado de mérito fundaram-se em argumentos extrajurídicos, o que se buscou demonstrar em análise aos votos proferidos pelos Ministros da Suprema Corte. Essa prática, no entanto, leva aquele que está

navegando a ser surpreendido por uma queda d'água, por exemplo, que não constava nos mapas e outros instrumentos de navegação que possuía à disposição.

Não bastasse, demonstrou-se que outra proteção da segurança jurídica restou praticamente aniquilada: a coisa julgada formada no hiato temporal entre a decisão de mérito, proferida em 2017, e aquela que prospectou os seus efeitos, proferida em 2021, está sendo alvo de ações rescisórias manifestamente incabíveis. Isto é, de maneira particularista, está-se relativizando a máxima densificação do princípio da segurança jurídica em âmbito processual. Aqui, o cenário seja talvez pior ao aventureiro. Surge um iceberg, justamente quando as suas ferramentas de navegação indicavam que ali jamais haveria um.

A fim de que se evite novamente um cenário de insegurança como este no futuro, buscou-se propor soluções que de algum modo, ou totalmente, pudessem evitar ou remediar os problemas aqui evidenciados e que tornam a ordem jurídica demasiadamente instável. Seja pela correta compreensão e aplicação das exceções da superação para frente e da modulação de efeitos, seja pelas técnicas semelhantes àquelas oriundas do ordenamento estrangeiro, bem como pela improcedência das rescisórias, deve-se sempre privilegiar a segurança jurídica em detrimento de práticas que a violem ou relativizem suas regras densificadas em todo o ordenamento. Em suma, seguindo a metáfora, pode-se instruir melhor a utilização das ferramentas de navegação, ou talvez buscar formas de iluminar com maior intensidade as águas, a fim de que se evite surpreendentes cascatas ou icebergs inesperados. E, em último caso, buscase utilizar os equipamentos de emergência presentes na embarcação, como os botes e coletes salva-vidas, para que ao menos seja possível uma saída àquela situação imprevista.

Nada disso aconteceu no caso da “tese do século”. Houve a má compreensão dos instrumentos de navegação, isto é, da modulação de efeitos e da superação para a frente dos precedentes, bem como das bases indutoras de confiança e das ditas sinalizações: as águas sempre estiveram bem iluminadas para o Estado, já o mesmo não pode ser dito em relação aos seus cidadãos. Ao final do percurso, já surpreendidos pelo iceberg, buscaram os contribuintes um colete salva-vidas no instituto da coisa julgada, mas estes, por algum motivo, estavam furados, enquanto ao Estado foi disponibilizado um helicóptero de última geração para o seu resgate.

E assim, feito este apanhado geral e metafórico, conclui-se pela confirmação da hipótese que intitula esta monografia: a “segurança jurídica” foi utilizada como fundamento à insegurança. Como foi exaustivamente discorrido aqui, isso efetivamente aconteceu. Utilizou-se a segurança jurídica como pretexto à proteção do patrimônio público, vilipendiando-se o dos contribuintes de outro lado, pela aplicação de exceções a regras de maneira descriteriosa. E as

aspas foram utilizadas exatamente por este motivo: pelo fato de que somente a segurança como pretexto poderia fundar uma conjuntura de caos jurídico, de incertezas, de violações a garantias constitucionais (coisa julgada e propriedade), que ocasionam um cenário de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas quase inexistente. Torna-se inefetiva a ordem jurídica caso os problemas aqui expostos virem praxe na prática judiciária nacional.

E diante de tudo isso, mais do que nunca é fundamental ao intérprete e aplicador do direito recorrer à doutrina, aos precedentes, aos significados mínimos dos textos, aos postulados interpretativos e aos normativos aplicativos, às regras e princípios bem delineados, fugindo de argumentos consequencialistas e particularistas. Ao se compreender bem todos estes institutos, permite-se uma correta utilização e aplicação destes, tornando a atividade interpretativa mais racional e controlável. Do contrário, os cidadãos, jurisdicionados e sujeitos de direitos poderão “se perder no infinito particular”<sup>361</sup> que muitas vezes fundamenta as tomadas de decisões em âmbito judicial, ocasionando a relativização de regras e a transformação das suas exceções em praxe, de modo que a estabilidade se transforma em instabilidade, e, logo, a segurança jurídica passa a ser entendida como insegurança jurídica.

---

<sup>361</sup> Em alusão à canção “Infinito Particular”, de composição de Antonio Carlos Santos De Freitas, Arnaldo Augusto Nora Antunes Filho e Marisa De Azevedo Monte, eternizada na voz desta última.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luciana Robles de; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.) *O que significa violar uma norma jurídica?: uma perspectiva processual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALMEIDA, Luciana Robles de. *Modulação de efeitos de precedentes? Conceitos e distinções*. Revista de Processo. vol. 322. ano 46. p. 377-400. São Paulo: Revistas dos Tribunais Online, dezembro de 2021. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-47632>. Acesso em 10.09.2022.

ALMEIDA, Luciana Robles de. *Coisa julgada inconstitucional? A relação entre a coisa julgada, o precedente e a ação rescisória*. Revista de Processo. vol. 297-2019, p. 177-209. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, novembro de 2019. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document#>. Acesso em: 10.09.2022.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F205737881%2Fv2.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=736c849e88054dbb92ed77fba33cc619&eat=%5Bereid%3D%22736c849e88054dbb92ed77fba33cc619%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false>. Acesso em 10.09.2022.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros, 2013.

ÁVILA, Ana Paula. *Determinação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: Premissas para uma interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº. 9.868 de 1999*. 2007. 220 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

ÁVILA, Humberto. *Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito*. São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros/JusPodvim, 2022.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

- BACELO, Joice. *Fux paralisa processos sobre exclusão do ICMS do PIS/COFINS nos tribunais regionais*. Valor Econômico. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/03/16/fux-paralisa-processos-sobre-exclusao-do-icms-do-pis-cofins-nos-tribunais-regionais.ghtml>. Acesso em 28.09.2022.
- BARRETO, Paulo de Ayres (Coord.), PITMAN, Arthur leite da Cruz ... [et. al.]. *Estudos tributários sobre a economia digital*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. *A Técnica do Julgamento Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada*. Revista de Processo, v. nº 221, pp. 13-48. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2013. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em 09.09.2022.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DERZI, Misabel, em palestra: *Modulação: o pedido formulado no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*. Vídeo de 24.04.2021, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3NDdFfBfow>. Canal do Professor Daniel Mitidiero. Acesso em: 10.09.2022.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. vol. 2. Salvador: JusPodvim, 2015.
- FREITAS, Antonio Carlos Santos de; ANTUNES, Arnaldo; MONTE, Marisa: *Infinito Particular*. Rio de Janeiro: Monte Criação e Produção, 2006. Duração: 4' 10''. Interpretação de Marisa Monte. Disponível em: <https://open.spotify.com/track/7ufO0ROFQ6BwSMPx5LuW4e?si=n-3Hjt-ES0G8Cmwb3e4ktQ>. Acesso em 28.09.2022.
- GUASTINI, Ricardo. *dalle fonti alle norme*. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992.
- GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MITIDIERO, Daniel, em palestra: *Modulação: o pedido formulado no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*. Vídeo de 24.04.2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3NDdFfBfow>. Canal do Professor Daniel Mitidiero. Acesso em: 10.09.2022.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de; MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); MITIDIERO, Daniel (Coord.); ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SANTOS, Welder Queiroz dos; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.); TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Ação rescisória por violação a precedente*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- SARMENTO Daniel, em palestra: *Modulação: o pedido formulado no caso do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*. Vídeo de 24.04.2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z3NDdFfBfow>. Canal do Professor Daniel Mitidiero. Acesso em: 10.09.2022.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodvim, 2015.

### LISTA DE CASOS E LEGISLAÇÃO CONSULTADOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Recorrente: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em: 15 mar. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.576/SP. Requerente: Confederação Nacional de Serviços – CNS. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 3 ago. 2021, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757197027>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 197.917/SP. Requerente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 6 jun. 2002, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 343. Brasília: Supremo Tribunal Federal (1963). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1472>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembleia Legislativa da Bahia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 9 mai. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em 27 de set. de 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 89.108/GO. Requerente: Darcy Rodrigues Carrijo. Requeridos: Estado de Goiás; Eurípedes Junqueira; Francisco José Taveira. Relator: Min. Cunha Peixoto. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em 28 ago. 1980. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur104106/false>. Acesso em 27 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 590.809/RS. Recorrente: Metabel Industria Metalúrgica LTDA. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 22 out. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur285924/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 949.297/CE. Requerente: União. Requerido: TBM – Têxtil Bezerra de Menezes S.A. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em:

24 mar. 2016. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em 27 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 955.227/BA. Requerente: União. Requerido: Braskem S.A. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 31 mar. 2016, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10684228>. Acesso em 27 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Embargante: União. Embargado: Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 13 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 1.072.485/PR. Recorrente: Sollo Sul Insumos Agrícolas LTDA. Recorrente: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 31 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5255826>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 240.785/MG. Recorrente: Auto Americano S/A Distribuidor de Peças. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 08 out. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur288087/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18. Requerente: Presidente da República. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em 13 ago. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2347/false>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 163.334/SC. Recorrentes: Robson Schumacher e Vanderleia Silva Ribeiro Schumacher. Recorridos: Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Ministério Público Federal. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em 18 dez. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436472/false>. Acesso em 27 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.422/DF. Requerente: Instituto Brasileiro de Direito de Família — IBDFAM. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Julgado em: 06 jun. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4893325>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Requerente: José Carlos Paes. Requerida: Fazenda Nacional. Recurso Especial nº 1.063.310/BA. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 07 ago. 2008. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200800684542](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200800684542). Acesso em 27 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 1.458.607/SC. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em: 23 out. 2014. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201401375827&dt\\_publicacao=03/11/2014](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401375827&dt_publicacao=03/11/2014). Acesso em 26 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Ação Rescisória nº 4.443/RS. Relator: Min. Herman Benjamin, Relator para Acórdão: Min. Gurgel de Faria. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em: 8 mai. 2019, Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2019\\_255\\_1\\_capPrimeiraSecao.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2019_255_1_capPrimeiraSecao.pdf). Acesso em 26 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 213. Brasília: Superior Tribunal de Justiça (1998). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 239. Brasília: Supremo Tribunal Federal (1964). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula239/false>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 68. Brasília: Superior Tribunal de Justiça (1993). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 94. Brasília: Superior Tribunal de Justiça (1994). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Recurso Especial nº 1.144.469/PR. Recorrentes: Fazenda Nacional; Hubner Componentes e Sistemas Automotivos LTDA. Recorridos: os mesmos. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 10 ago. 2016, Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200901124142](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901124142). Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 1382/2019. Relatora: Ana Arraes. Relatório de Auditoria (RA) no processo nº 034.554/2018-1. Data da sessão em 12 jun. 2019. Ata de nº 21/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1382%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1382%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em 27 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula nº 258. Brasília: Tribunal Federal de Recursos (1988). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=0000258&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=1&operador=adj>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Agravo Interno em Ação Rescisória (Segunda Seção) nº 5020377-47.2021.4.03.0000. Autor: União. Réu: Talie Indústria, Comércio, Exportação e Importação de Confecções e Acessórios LTDA. Relator: Des. Federal Nelson Agnaldo Moraes dos santos. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª

Região. Julgado em 07 jul. 2022. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em 27 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Ação Rescisória (Primeira Seção) nº 5036015-93.2021.4.04.0000. Autor: União. Réu: Máquinas Sanmartin LTDA. Relatora: Des. Luciane Amaral Corrêa Münch. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julgado em 02 jun. 2022. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40003249205&versao\\_gproc=4&crc\\_gproc=e86676da](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40003249205&versao_gproc=4&crc_gproc=e86676da). Acesso em 27 set. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Ação Rescisória (Primeira Seção) nº 5036893-18.2021.4.04.0000. Autor: União. Réu: OIW — Informática LTDA. Relator: Des. Leandro Paulsen. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julgado em: 1º set. 2022. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40003405316&versao\\_gproc=3&crc\\_gproc=86a3f5c3](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40003405316&versao_gproc=3&crc_gproc=86a3f5c3). Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Agravo Interno em Apelação Cível (Primeira Seção) nº 5004501-55.2013.4.04.7000. Recorrente: Hospital Sugisawa LTDA. Recorrida: União. Relator para Acórdão Marcelo de Nardi. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julgado em 4 ago. 2022. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40003429262&versao\\_gproc=5&crc\\_gproc=37606bb7](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40003429262&versao_gproc=5&crc_gproc=37606bb7). Acesso em: 28-09-2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Ação Rescisória (Tribunal Pleno) nº 08083892720214050000 Autor: União. Réu: Companhia Sul Sergipana de Eletricidade – Sulgipe. Relator: Des.Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Julgado em 23 fev. 2022. Disponível em: <https://juliapesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/#resultado>. Acesso em 27 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 20.910 de 06 de janeiro 1932*. Rio de Janeiro: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d20910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm). Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)*. Brasília: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm). Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Emenda Constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022*. Brasília: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm). Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. *Exposição de motivos da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Brasília: Poder Legislativo, Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html>. Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Brasília: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018*. Brasília: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm). Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar nº 70 de 30 de dezembro 1991*. Brasília: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp70.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp70.htm). Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.514 de 13 de agosto de 2007 (Anexo V)*. Brasília: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Lei/L11514.htm#:~:text=Lei%20n%C2%BA%2011.514&text=LEI%20N%C2%BA%2011.514%2C%20DE%2013%20DE%20AGOSTO%20DE%202007.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20diretrizes%20para,2008%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=IX%20D%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20gerais](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11514.htm#:~:text=Lei%20n%C2%BA%2011.514&text=LEI%20N%C2%BA%2011.514%2C%20DE%2013%20DE%20AGOSTO%20DE%202007.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20diretrizes%20para,2008%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=IX%20D%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20gerais). Anexo disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Lei/Anexo/ANL11514-07.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/Anexo/ANL11514-07.pdf). Acesso em 28 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Código de Processo Civil revogado)*. Brasília: Poder Executivo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em 28 set. 2022.